

Der Ausschluss aus dem Verein nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch

DISSERTATION

der RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

BEAT BADERTSCHER
von Eggwil BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Cyril Hegnauer

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Ausschluss aus dem Verein nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch

DISSERTATION

der RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

BEAT BADERTSCHER
von Eggwil BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Cyril Hegnauer

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Februar 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 10 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, A. Heini, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, W.R. Schluep und E. Stark

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1980

Druck: ADAG Administration & Druck AG, Zürich

Dem Andenken meiner Eltern

Meinem Vater und meiner Frau gewidmet

Herrn Prof. Dr. C. Hegnauer schulde ich Dank für seine Unterstützung bei der Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation sowie für manchen wertvollen Hinweis.

An dieser Stelle sei auch allen gedankt, die mir bei der Niederschrift der Arbeit halfen, insbesondere aber meiner Frau.

Die vorliegende Arbeit wurde abgeschlossen, bevor die bei Prof. Schnyder in Freiburg i. Ue. zum gleichen Thema von Andreas Keller verfasste Arbeit im Druck erschien.

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

§ 1. Der Ausschluss aus dem Verein im allgemeinen	1
I. Allgemeines	1
A. Begriff der Mitgliedschaft beim Verein	1
B. Entstehung und Beendigung der Mitgliedschaft beim Verein	2
1. Entstehung	2
a. Teilnahme an der Gründung	2
b. Eintritt	2
aa. Allgemeines	2
bb. Rechtsnatur des Eintritts	3
aaa. Offerte durch den Verein	3
bbb. Offerte durch den Bewerber	3
2. Beendigung	4
a. Auflösung des Vereins	4
b. Tod	4
c. Austritt	4
d. Automatisches Erlöschen der Mitglied- schaft bzw. Streichung	4
3. Ergebnis	4
II. Ausschluss im besonderen	5
A. Begriff	5
1. Ausschluss aus verwandten Rechtsver- hältnissen	5
a. Dauerverträge des OR	5
b. Rechtsgemeinschaften des OR	6
aa. Einfache Gesellschaft	6
bb. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	7
c. Körperschaften des OR	7
aa. Aktiengesellschaft	7
bb. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	7
cc. Genossenschaft	8
2. Art des Ausschlusses	8
a. Begriffliches	8

b. Anwendung	9
aa. Heteronome Ausschiessung durch den Richter	9
bb. Autonome Ausschiessung durch die Gesellschaft	10
3. Ergebnis	10
a. Vergleich mit anderen Rechtsverhältnissen	10
b. Begriff des Ausschlusses	11
B. Zulassung des Ausschlusses	12
1. Gründe für die Zulassung des Ausschlusses	12
a. Persönlichkeitsrecht des Vereins	12
aa. Persönlichkeitsschutz der juristi- schen Person	12
bb. Anwendung auf den Ausschluss aus dem Verein	13
b. Schutz des Vereinszwecks	13
c. Vereinsautonomie	13
aa. Begriff	14
bb. Abgrenzungen	15
aaa. Vereinsfreiheit gemäss Art. 56 BV	15
bbb. Vereinsautonomie als eine von der Staatsgewalt unabhängige Quelle des Rechts	16
ccc. Vereinsautonomie als Befugnis zur Regelung der Angelegenheiten ohne Einmischung der Staatsgewalt	16
ddd. Assoziationsfreiheit	17
cc. Folgerungen	18
2. Gründe gegen die Zulassung der Aus- schiessung	18
a. Mitgliedschaft	18
b. Beteiligung des Betroffenen am aus- schiessenden Partner	18
c. Persönlichkeitsrecht des Mitglieds	19

3. Zusammenfassung	19
C. Verhältnis des Ausschlusses zum Austritt und zum automatischen Erlöschen der Mit- gliedschaft bzw. zur Streichung	20
1. Ausschluss und Austritt	20
a. Grundsätzliches	20
aa. Gemeinsamkeiten	20
aaa. Begründung der Zulässigkeit	20
bbb. Kündigung	20
bb. Unterschiede	20
aaa. Handelnde Person	20
bbb. Frist	21
b. Zeitliches Verhältnis von Ausschluss und Austritt	22
aa. Ausschluss während der Austrittsfrist	22
bb. Ausschluss nach vollzogenem Austritt	23
cc. Austritt während des Ausschlussver- fahrens	24
aaa. Während der Dauer des vereinsin- ternen Verfahrens	24
bbb. Während der Dauer des gericht- lichen Verfahrens	24
dd. Austritt nach vollzogenem Ausschluss	25
2. Ausschluss und automatischer Verlust der Mit- gliedschaft bzw. Streichung	25
a. Automatischer Verlust der Mitgliedschaft	25
b. Streichung	26
§ 2. Die Ausschlussgründe	28
I. Allgemeines	28
A. Entstehungsgeschichte	28
B. Verhältnis der Ausschlussgründe zu anderen Tat- beständen des Mitgliederwechsels	30
1. Ausschlussgründe	30
2. Eintritt	30
3. Austritt	31

4. Automatischer Verlust der Mitgliedschaft	
bzw. Streichung	32
a. Ausgangspunkt	32
b. Lösungsversuch	34
aa. Ermittlung des Sachverhalts	34
bb. Subsumtion	34
aaa. Bestimmte Tatbestände	35
bbb. Unbestimmte Tatbestände	35
cc. Anwendung der Rechtsfolge	35
aaa. Bestimmte Rechtsfolgen	35
bbb. Unbestimmte Rechtsfolgen	36
c. Ergebnis	38
5. Zusammenfassung	38
a. Ausschluss und Eintritt	38
b. Ausschluss und Austritt	38
c. Ausschluss und automatischer Verlust der Mitgliedschaft bzw. Streichung	39
C. Verhältnis der Ausschlussarten	40
1. Fehlende Statutenbestimmung	40
2. Statutarische Bestimmung von Ausschluss- gründen	40
a. Verbot des Ausschlusses ohne Grundangabe	40
b. Verbot des Ausschlusses aus anderen als wichtigen und statutarisch nicht ge- nannten Gründen	40
c. Zulässigkeit des Ausschlusses aus wich- tigen Gründen	40
d. Ergebnis	41
3. Ausschluss ohne Grundangabe	41
D. Einführung des Ausschlusses durch nachträgliche Statutenänderung	42
1. Grundsatz	42
2. Ausnahme	43
II. Ausschlussgründe im einzelnen	45
A. Zwingendes gesetzliches Recht	45

1. Fragestellung	45
2. Lösungsversuch: Ausschluss und Austritt	46
a. Gründe für das zwingende Austrittsrecht	46
b. Anwendung auf den Ausschluss	47
B. Statutarisches Recht	48
1. Ausschluss mit Grundangabe	48
a. Grundsatz	48
aa. Allgemeines	48
bb. Unterschied zwischen Ausschluss und Geldstrafen	49
b. Ausnahmen	52
aa. In personeller Hinsicht	52
bb. In sachlicher Hinsicht	53
aaa. Schiessvereine	53
bbb. Krankenkassen	53
c. Beispiele	54
2. Ausschluss ohne Grundangabe	55
a. Allgemeines	55
b. Formulierung in den Statuten	56
C. Dispositives gesetzliches Recht	57
1. Rechtliche Natur von Art. 72 Abs. 3 ZGB	57
2. Begriff des wichtigen Grundes	58
a. Im allgemeinen	58
b. Anwendungsfälle	59
aa. Dauerverträge des OR	59
bb. Gesellschaftsrecht	59
aaa. Einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	59
bbb. Aktiengesellschaft	60
ccc. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	61
ddd. Genossenschaft	62
eee. Ausschluss aus dem Verein aus wichtigen Gründen	62
c. Ergebnis	63

3. Begriff des wichtigen Grundes beim Ausschluss aus dem Verein	64
a. Begriff	64
aa. Unzumutbarkeit	64
bb. Entscheid für den Einzelfall gemäss Art. 4 ZGB	65
b. Beispiele	65
III. Rechtfertigung der Ausschlussregelung von Art. 72 ZGB	66
A. Schutz des Persönlichkeitsrechts des Vereins	67
B. Schutz des Vereinszwecks	67
C. Vereinsautonomie	67
1. Abwägung von Vereinsautonomie und Persönlichkeitsschutz	68
2. Vereinszweck	70
a. Zielsetzung des Gesetzgebers	70
b. Ausgestaltung durch die Rechtsprechung	71
c. Ergebnis	72
3. Folgerungen	72
a. Ideale Vereine	72
b. "Wirtschaftliche" Vereine	72
aa. Regel	72
bb. Konsequenzen	73
aaa. Art. 27/28 ZGB	73
bbb. Kartellgesetz	74
ccc. Unechte Lücke	74
§ 3. Die vereinsinterne Ausschlussung	76
I. Vorbereitung der Entscheidung	77
A. Zuständigkeit	77
1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung	77
2. Zuständigkeit eines anderen Vereinsorgans	78
3. Zuständigkeit Dritter	79
a. Abschliessende Zuständigkeit Dritter	79
b. Unbeschränkte Ueberprüfungsbefugnis eines Vereinsorgans	80

B. Einberufung der Versammlung des zuständigen Organs	80
1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung	80
a. Grundsatz	80
b. Ausnahmen	81
c. Modalitäten	81
aa. Form	81
bb. Zeitpunkt	82
cc. Ort	82
2. Zuständigkeit eines anderen Organs	82
a. Grundsatz	82
b. Ausnahmen	83
c. Modalitäten	83
C. Ankündigung des Traktandums	83
D. Teilnahmerecht	84
1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung	84
2. Zuständigkeit eines anderen Organs	85
E. Stimmrecht	85
1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung	85
2. Zuständigkeit eines anderen Organs	85
F. Ermittlung der Mehrheit	86
1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung	86
2. Zuständigkeit eines anderen Organs	88
G. Anspruch auf rechtliches Gehör	88
1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung	88
2. Begriff des rechtlichen Gehörs	93
a. Begriff des rechtlichen Gehörs im Ver-	
waltungsrecht	93
aa. Zweck	94
bb. Umfang	94
cc. Inhalt	95
b. Begriff des rechtlichen Gehörs im Straf-	
prozessrecht	96
aa. Zweck	96
bb. Umfang	96

cc. Inhalt	97
c. Begriff des rechtlichen Gehörs im Zivilprozessrecht	98
aa. Zweck	98
bb. Umfang	98
cc. Inhalt	99
3. Anspruch auf rechtliches Gehör beim Aus- schluss aus dem Verein	99
a. Zweck	100
b. Umfang	101
aa. Problem	101
bb. Lösungsversuch	102
aaa. Undiskutabler Fall	102
bbb. Entscheid über den undisku- tablen Fall	102
ccc. Sonderfragen	103
aaaa. Zweckverfolgung	103
bbbb. Ausschluss ohne Grund- angabe	104
c. Zeitpunkt und Inhalt des rechtlichen Gehörs	105
aa. Zeitpunkt	105
aaa. Öffentliches Recht	105
bbb. Anwendung auf den Ausschluss	106
aaaa. Alleinige Zuständigkeit der Vereinsversammlung	106
bbbb. Alleinige Zuständigkeit eines anderen Organs	106
cccc. Mehrere Instanzen	107
bb. Inhalt	107
II. Entscheid	108
A. Aufgaben des zuständigen Organs	108
1. Materielle Rechtsanwendung	108
a. Ausschluss ohne Grundangabe	109
b. Ausschluss mit Grundangabe oder aus	

wichtigen Gründen	109
aa. Sachverhaltsermittlung und Subsumtion	109
bb. Anwendung der Rechtsfolge	109
aaa. Problem	109
aaaa. Unbestimmte Rechtsfolge	109
bbbb. Bestimmte Rechtsfolge	110
bbb. Lösung	110
aaaa. Grundsatz	110
bbbb. Ausnahme	111
2. Formelle Rechtsanwendung	111
a. Zwingende Verfahrensvorschriften	111
b. Statutarische Verfahrensvorschriften	111
c. Dispositive gesetzliche Verfahrensvorschriften	111
B. Einzelfragen	112
1. Verschulden	112
a. Lehrmeinungen	112
b. Eigene Meinung	113
aa. Gesetzliches Ausschlussrecht	113
aaa. Wichtiger Grund	113
bbb. Ausschluss als Kündigung	114
ccc. Ergebnis	115
bb. Statutarisches Ausschlussrecht	115
aaa. Ausschluss mit Grundangabe	115
aaaa. Allgemeines	115
aaaaa. Ausschlussgrund	115
bbbbbb. Ausschluss als Kündigung	115
ccccc. Ergebnis	116
bbbb. Beispiel	116
bbb. Ausschluss ohne Grundangabe	117
2. Grundsatz "ne bis in idem"	118
3. Bedingter Ausschluss	119

C. Eröffnung und Begründung des Entscheids	120
D. Wirkung des Ausschlusses	121
III. Zuständigkeit mehrerer vereinsinterner Organe (Vereinsinterner Instanzenzug)	121
A. Allgemeines	121
1. Zulässigkeit eines vereinsinternen Instanzenzuges	121
2. Zuständigkeit	122
a. Statutarische Regelung	122
b. Fehlende statutarische Regelung	123
3. Rechtsmittelarten	123
a. Statutarische Regelung	123
b. Fehlende statutarische Regelung	124
B. Frist	124
1. Statutarische Regelung	124
2. Fehlende statutarische Regelung	124
C. Wirkung des Rekurses	126
1. Statutarische Regelung	126
a. Suspensivwirkung	126
b. Keine Suspensivwirkung	127
c. Entscheid im Einzelfall durch ein Vereinsorgan	127
d. Suspensivwirkung bezüglich der Rechte, nicht aber bezüglich der Pflichten	128
2. Fehlende statutarische Regelung	129
D. Rekursentscheid	130
§ 4. Die gerichtliche Anfechtung des Ausschlusses nach Vereinsrecht	131
I. Anfechtung des Ausschlusses und Anfechtungs- klage gemäss Art. 75 ZGB	131
A. Gesetzesmaterialien	131
B. Unterschiede zwischen der Anfechtung des Ausschlusses und Art. 75 ZGB	134
1. Aktivlegitimation	134
a. Anfechtung durch ein Nichtmitglied	135

aa. Ausgangslage	135
bb. Wirkung der Klageerhebung	135
aaa. Statutarische Regelung	135
bbb. Fehlende statutarische Regelung	135
aaaa. Anfechtung im allge- meinen	135
bbbb. Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Be- schlüsse der Mitglieder- versammlungen einer Körperschaft	136
aaaaa. Herrschende Lehre	136
bbbbb. Ueberprüfung der herrschenden Leh- re	136
cc. Ergebnis	138
b. Anfechtung durch nicht direkt Betrof- fene	138
aa. Problemstellung	138
bb. Lösungsversuch	139
aaa. Gesetzesmaterialien	139
bbb. Genossenschaftsrecht	139
ccc. Interessenabwägung	139
2. Anfechtungsobjekt	141
a. Problem	141
b. Lösungsvorschlag	141
aa. Wortlaut	141
bb. Gesetzesmaterialien	142
cc. Ratio legis	142
c. Ergebnis	143
3. Richterliche Kognition	143
4. Ergebnis	143
II. Einzelheiten der Klage gegen den Ausschluss	144
A. Passivlegitimation	144

B. Gegenstand der Klage	145
C. Klagefrist	145
D. Bedeutung des statutarischen Instanzenzuges	146
1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung	146
2. Eigene Meinung	149
a. Unzulässigkeit der verfrühten Klage- einreichung	149
b. Kein grundsätzliches Gebot der Er- schöpfung des statutarischen Instanzen- zuges	149
E. Art der Streitigkeit	151
F. Zuständigkeit	152
1. Oertliche Zuständigkeit	152
2. Sachliche Zuständigkeit	152
G. Beweislast	153
1. Ausschlussgrund	153
a. Grundsatz	153
aa. Ausschluss aus wichtigen Gründen	155
bb. Ausschluss aus bestimmten Gründen	155
cc. Ausschluss ohne Grundangabe	155
b. Ausnahme: Rechtsmissbrauch	155
2. Verfahren	156
H. Urteil	156
1. Art des Urteils	156
2. Wirkungen des Urteils	157
a. Abweisung der Klage	157
b. Gutheissung der Klage	158
aa. Rückwirkung	158
bb. Ausnahme	159
III. Richterliche Kognition	160
A. Herrschende Lehre und Rechtsprechung	160
1. Statutarisches Ausschlussrecht	160
a. Ausschluss mit Angabe von Gründen	160
b. Ausschluss ohne Angabe von Gründen	161
2. Gesetzliches Ausschlussrecht	161

B. Kritische Stimmen in der Literatur	162
1. Daeniker	162
2. Liver	162
3. Kummer	163
4. Merz	164
C. Ergebnis	164
1. Formelle Rechtsanwendung	164
2. Materielle Rechtsanwendung	165
a. Ausschluss ohne Angabe des Grundes	166
b. Ausschluss mit Grundangabe	166
c. Ausschluss aus wichtigen Gründen	167
IV. Materielle richterliche Ueberprüfung des Ausschlusses aus statutarischen Gründen im besonderen	167
A. Ausgangspunkt	167
1. Ausschlussregelungen gemäss Art. 72 ZGB	168
2. Möglichkeiten richterlicher Kontrolle	168
a. Materielle Rechtsanwendung	168
aa. Normenkontrolle	168
bb. Anwendung der Norm	168
aaa. Sachverhaltskontrolle	168
bbb. Subsumtionskontrolle	168
ccc. Kontrolle der Rechtsfolge	169
aaaa. Bestimmte Rechtsfolge mit Pflicht zu deren Anwendung	169
bbbb. Bestimmte Rechtsfolge ohne Pflicht zu deren Anwendung und unbestimmte Rechtsfolge mit Entschliessungsermessen	169
cccc. Unbestimmte Rechtsfolge mit Auswahlermessen	169
b. Formelle Rechtsanwendung	169

3. Kombination von Ausschlussregelungen und Möglichkeiten richterlicher Kontrolle	170
a. Ausschluss ohne Angabe von Gründen	170
b. Ausschluss mit Grundangabe	170
c. Ausschluss aus wichtigen Gründen	170
B. Bedeutung von Art. 72 Abs. 2 ZGB für den Aus- schluss aus statutarischen Gründen	171
1. Auslegung im allgemeinen	171
2. Auslegung von Art. 72 Abs. 2 ZGB im besonderen	172
a. Grammatisches Element	172
b. Realistisches Element	172
c. Historisches Element (Gesetzes- materialien)	173
aa. Vorentwurf von 1900	173
bb. Beratungen der Grossen Experten- kommission	173
cc. Entwurf des Bundesrates von 1904	174
dd. Parlamentarische Beratungen	175
ee. Ergebnisse	176
d. Teleologisches Element	177
aa. Normenkontrolle	177
aaa. Grundsatz	177
bbb. Ausnahme	178
bb. Sachverhaltskontrolle	178
cc. Subsumtionskontrolle	179
aaa. Bestimmte Tatbestände	179
bbb. Unbestimmte Tatbestände	179
aaaa. Grundsatz	179
bbbb. Ausnahme	180
dd. Kontrolle der Rechtsfolge	181
aaa. Bestimmte Rechtsfolge	181
aaaa. Kein Ermessen des zu- ständigen Organs	181

bbbb. Ermessen des zuständigen Organs	181
bbb. Unbestimmte Rechtsfolge	181
aaaa. Grundsatz	181
bbbb. Ausnahme	182
e. Systematisches Element	182
aa. Ausschlussarten und Ueberprüfungsmöglichkeiten	182
bb. Normenkontrolle beim Ausschluss aus bestimmten Gründen	183
cc. Art. 72 Abs. 2 im Verhältnis zu Art. 75 ZGB	183
aaa. Ausgangspunkt	183
bbb. Analoge Anwendung von Art. 75 ZGB	184
aaaa. Normenkontrolle	184
bbbb. Sachverhaltskontrolle	184
cccc. Kontrolle der Subsumtion bestimmter Tatbestände und der offenbar unrichtigen Subsumtion unbestimmter Tatbestände	186
dddd. Kontrolle des Rechtsfolgeermessens	186
aaaaa. Typische Beispiele von qualifizierten Ermessensfehlern	186
bbbbb. Art der Kontrolle der Ermessensausübung	188
3. Ergebnis	188
a. Materielle Rechtsanwendung	188
b. Formelle Rechtsanwendung	188
4. Vorteile der vorgeschlagenen Lösung	189

V.	Modifikation der herrschenden Lehre und Rechtsprechung für den Ausschluss aus wichtigen Gründen	190
VI.	Rechtsschutz gegenüber dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft	190
A.	Vereinsinterne Ueberprüfung des automatischen Verlusts der Mitgliedschaft	191
1.	Statutarische Regelung	191
a.	Statutarischer Rekurs gegen den automatischen Verlust der Mitgliedschaft	191
b.	Statutarischer Rekurs gegen den Ausschluss	191
2.	Gesetzliche Regelung	192
B.	Richterliche Ueberprüfung des automatischen Verlusts der Mitgliedschaft	192
1.	Zulässigkeit der Klage	192
2.	Art der Klage	193
3.	Ausgestaltung der Klage	193
a.	Im allgemeinen	193
b.	Klagefrist im besonderen	193
aa.	Dauer der Klagefrist	193
bb.	Beginn der Klagefrist	194
4.	Urteil	195
§ 5.	Die gerichtliche Anfechtung des Ausschlusses auf Grund anderer Gesetzesbestimmungen als Art. 72 ZGB	197
I.	Ausgangspunkte	197
A.	Art. 27/28 ZGB	197
1.	Anregungen in der Lehre	197
2.	Zwischenergebnis	198
B.	Kartellgesetz	199
C.	Fragestellung	200
D.	Zulässigkeit der Vereinigung der Betrachtungsweisen gemäss Kartellgesetz und Art. 27/28 ZGB	200
1.	Uebereinstimmungen	200

2. Unterschiede	201
II. Beschränkung der Ausschlussfreiheit der Vereine	
durch Art. 6 Abs. 2 KG bzw. Art. 28 ZGB	202
A. Zulässigkeit von Kartellen in Vereinsform	202
B. Begriff des Kartells	203
1. Wettbewerbsbeschränkung durch Abrede	203
a. Horizontaler Zusammenschluss	203
b. Vertikaler Zusammenschluss	204
2. Erscheinungsform der Abrede	204
a. Form der Kartellbindung	205
b. Art der Kartellbindung	205
aa. Kartellbindung in den Statuten	205
bb. Kartellbindung ausserhalb der Statuten	206
c. Ergebnis	206
C. Privatrechtliche Sanktionenordnung des Kartellgesetzes	207
1. Allgemeines	207
2. Tatbestand und Rechtsfolgen	208
a. Tatbestand	208
aa. Vorkehr	208
bb. Wettbewerbsausschluss oder erhebliche Behinderung	208
b. Rechtsfolgen	209
D. Anordnung der Aufnahme in den Verband im besonderen	209
1. Begriffliches	209
2. Anordnung der Aufnahme in den Verband nach Lehre und Rechtsprechung	209
3. Entstehung von Art. 6 Abs. 2 KG	211
a. Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 839 OR	211
aa. Begründung	211
bb. Kritik	212
cc. Ergebnis	212

b. Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 2 ZGB	213
c. Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 28 ZGB	214
aa. Begründung	214
bb. Kritik	215
aaa. Ausgangspunkt	215
bbb. Allgemeine Betrachtungsweise gemäss Art. 28 ZGB	216
ccc. Besondere Betrachtungsweise gemäss Kartellgesetz	217
cc. Konsequenzen	218
aaa. Art. 28 ZGB	218
aaaa. Ehrverletzungen als Folge von Ausschlüssen	219
bbbb. Verletzungen des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts als Folge von Ausschlüssen	219
bbb. Kartellgesetz	221
aaaa. Subsidiarität des Aufnahmeanspruchs	221
bbbb. Unverhältnismässigkeit des Aufnahmeanspruchs	221
E. Ergebnis	222
III. Anhang: Ausschluss und Klage auf Schadenersatz bzw. Genugtuung	223
A. Allgemeine Voraussetzungen	223
B. Widerrechtlichkeit und Verjährung im besonderen	224
1. Widerrechtlichkeit	224
2. Verjährung	224
§ 6. Die besonderen Probleme bei Vereinen mit Sektionen	226
I. Arten von Sektionen und die dispositive Ausschlussregelung	226

A. Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit	226
B. Sektionen mit Rechtspersönlichkeit	227
1. Mitgliedschaft der Sektion beim Dachverband	227
2. Doppelmitgliedschaft der Einzelmitglieder	227
C. Unabhängige Vereine	228
II. Statutarischer Spielraum	228
A. Erfordernis der statutarischen Grundlage	228
1. Ausdrückliche statutarische Grundlage	228
2. Keine ausdrückliche statutarische Grundlage	228
B. Mögliche Statutenbestimmungen	230
1. Automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft	230
a. Automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft bei der Sektion als Folge der Beendigung der Mitgliedschaft beim Dachverband	230
aa. Massgebende Gesichtspunkte	230
aaa. Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft	230
bbb. Verhältnismässigkeit	230
ccc. Selbstbestimmungsrecht der juristischen Person	231
bb. Ergebnis	232
b. Automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft beim Dachverband als Folge der Beendigung der Mitgliedschaft bei der Sektion	233
2. Ausschlussgründe	233
a. Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit	233
b. Sektionen mit Rechtspersönlichkeit	234
aa. Mitgliedschaft der Sektion beim Dachverband	234
aaa. Ausschluss aus dem Dachverband	234

bbb. Ausschluss aus der Sektion	234
bb. Doppelmitgliedschaft	234
aaa. Ausschluss aus dem Dachverband	234
bbb. Ausschluss aus der Sektion	234
3. Verfahren	235
a. Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit	235
b. Sektionen mit Rechtspersönlichkeit	235
aa. Mitgliedschaft der Sektion beim Dachverband	235
aaa. Statutarischer Ausschluss einer Sektion durch eine andere	235
aaaa. Ohne Rekursmöglichkeit an den Dachverband	235
bbbb. Mit Rekursmöglichkeit an den Dachverband	236
bbb. Statutarischer Ausschluss eines Sektionsmitglieds durch den Dachverband	236
aaaa. Ohne Einsprachemöglichkeit der Sektion	236
bbbb. Mit Einsprachemöglichkeit der Sektion	236
bb. Doppelmitgliedschaft	236

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | |
|--------------------|---|
| Bernheimer Ruth | Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen Obligationenrecht, Preisschrift des Schweizerischen Juristenvereins, Zürich 1949 |
| Beuthien Volker | Die richterliche Kontrolle von Vereinsstrafen, in: Der Betriebsberater, Beilage 12/1968 zu Heft 33 |
| Bötticher Eduard | Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964 |
| Bollmann Hans | Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zürich 1971 |
| Borner Bruno | Der Abfindungsanspruch ausscheidender Genossenschafter, Diss. Zürich 1949 |
| Bürgi F. Wolfhart | Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957 ff. |
| Capitaine Georges | Genossenschaft, Schweizerische Juristische Kartothek Nr. 1154-1164, Genf 1955 |
| Corbat Claude | Les peines statutaires, Diss. Freiburg i. Ue. 1974 |
| Curti Eugen | Die Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1952 |
| Curti-Forrer Eugen | Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911 |
| Daeniker Armin | Untersuchungen über Wesen und Aeusserungen der Körperschaftsgewalt bei privaten Verbänden, Diss. Zürich 1922 |
| Deschenaux Henri | Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht II, 1 ff., Basel/Stuttgart 1967 |

- Egger August Zürcher Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch, Einleitung und Perso-
nenrecht, 1. Auflage 1911, 2. Auflage,
Zürich 1930
- Ennecerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allge-
meiner Teil, Band I, Tübingen 1959
- Fleiner F./Giacometti Z. Schweizerisches Bundesstaatsrecht,
Zürich 1949
- Flume Werner Die Vereinsstrafe, In: Festschrift für
Eduard Bötticher, 101 ff., Tübingen 1969
- Forrer Hans R. Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung,
Diss. Zürich 1960
- Forstmoser Peter Berner Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht, Das Obligationenrecht,
4. Abteilung, Die Genossenschaft,
Bern 1972 ff.
- Frey Jakob Gustav Mitgliedschaft und Mitgliedschaftswechsel
bei der Genossenschaft, Diss. Basel
1943, MaschSchr.
- Gauch Peter System der Beendigung von Dauerver-
trägen, Diss. Freiburg i. Ue. 1968
- Gerwig Max Schweizerisches Genossenschaftsrecht,
Bern 1957
- Gierke Otto Deutsches Privatrecht, Berlin 1868 ff.
(zitiert: Gierke, Deutsches Privat-
recht)
- Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin
1895 ff. (zitiert: Gierke, Das deutsche
Genossenschaftsrecht)
- Die Genossenschaftstheorie und die
Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
(zitiert: Gierke, Genossenschaftstheorie)
- Grossen J.-M. Das Recht der Einzelperson, in: Schwei-
zerisches Privatrecht II, 285 ff., Basel/
Stuttgart 1967
- Guhl Th./Merz H./Kummer M. Das Schweizerische Obligationenrecht,
6. Auflage, Zürich 1972

Guldener Max	Schweizerisches Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 1978
Gutzwiller Max	Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 6. Teil: Genossen- schaft, Handelsregister und kauf- männische Buchführung, Zürich 1946 ff.
Hafer Ernst	Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Perso- nenrecht, 2. Auflage, Bern 1919
Halter Fritz	Verbände und Sektionen, Diss. Bern 1946
Hartmann Wilhelm	Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Die Kollektiv- und Kom- manditgesellschaft, Bern 1943
Hauser Robert	Kurzlehrbuch des schweizerischen Straf- prozessrechts, Basel und Stuttgart 1978
Hefti Fritz	Der Anspruch des Aussenseiters auf Kar- tellmitgliedschaft, Diss. Bern 1956
Heini Anton	Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht II, 515 ff., Basel/Stutt- gart 1967 (zitiert: Heini)
---	Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen und schweizerischen Genossen- schaftsrecht, ZSR 80 (1961) I 157 ff. (zitiert: Heini, Bemerkungen)
---	Rundgang durch das schweizerische Ge- nossenschaftsrecht, ZgGenW 10 (1960) 191 ff.(zitiert: Heini, Rundgang)
Hensel Eduard	Das Generalversammlungsrecht der Ge- nossenschaft nach dem neuen Schweize- rischen OR, Diss. Zürich 1942
Horschitz Harald	Vereinsstrafe - Betriebsstrafe - Ver- tragsstrafe, Diss. Heidelberg 1970
Huber Eugen	Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft, ZSR 40 (1921) 5 ff. (zitiert: Huber, Eintritt)

- Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 1914
- Hüppi David Die Methode zur Auslegung von Statuten, Diss. Zürich 1971
- Imboden M./Rhinow R. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung 5. Auflage, Basel und Stuttgart 1976
- Jäggi Peter Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) II, 133 a ff.
- Janggen A./Becker H. Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 3. Abteilung, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern 1939
- Jescheck Hans-Heinrich Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 1972
- Jung Heinz-Ludwig Ueber das Prinzip der offenen Türe im Recht der Verbände, Diss. Bern 1956
- Keller Max Verhältnis zwischen materiellem Privatrecht und Internationalem Privatrecht, SJZ 68 (1972) 65 ff.
- Korach Alexander Die Genossenschaft als Rechtsform für Kartelle, Diss. Zürich 1973
- Kummer Max Die Gleichbehandlung der Genossenschaften gemäss Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, Bern 1949 (zitiert: Kummer, Gleichbehandlung)
- Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht I, Einleitung und Personenrecht, Art. 8 ZGB, Bern 1962 (zitiert: Kummer, Kommentar)
- Der Begriff des Kartells, Bern 1966 (zitiert: Kummer, Begriff)
- Spielregel und Rechtsregel, Bern 1973

- Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes
1972, ZBJV 110 (1974) 84 ff. (zitiert:
Kummer, Rechtsprechung)
- Künzler Fritz Der Schutz der Persönlichkeit nach Art.
27 ZGB, Diss. Zürich 1951
- Liver Peter Die privatrechtliche Rechtsprechung des
Bundesgerichtes 1959, ZBJV 96 (1960)
394 ff. (zitiert: Liver, ZBJV 96)
- Die privatrechtliche Rechtsprechung des
Bundesgerichtes 1964, ZBJV 101 (1965)
370 ff. (zitiert: Liver ZBJV 101)
- Lüscher Hans Die rechtliche Stellung der Vereins-
sektionen, Diss. Zürich 1945, MaschSchr.
- Mantel Hans-Jürg Die vereinsrechtlichen Momente im neuen
schweizerischen Genossenschaftsrecht,
Diss. Bern 1948
- Meier-Hayoz Arthur Berner Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht I, Einleitung und Personen-
recht, Art. 1 und 4 ZGB, Bern 1962
- Meier-Hayoz A./Forstmoser P., Grundriss des Schweizerischen Ge-
sellschaftsrechts, 2. Auflage, Bern 1976
- Merz Hans Ueber die Schranken der Kartellbindung,
Bern 1953 (zitiert: Merz, Schranken)
- Die privatrechtliche Rechtsprechung des
Bundesgerichtes 1956, ZBJV 94 (1958)
66 ff. (zitiert: Merz, Rechtsprechung)
- Der schweizerische Entwurf zu einem
Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche
Organisationen, RabelsZ 25 (1960) 1 ff.
(zitiert: Merz, RabelsZ)
- Berner Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht I, Einleitung und Personen-
recht, Art. 2 ZGB, Bern 1962

- Das Schweizerische Kartellgesetz (zitiert: Merz, Kartellgesetz)
- Meyer-Cording Ulrich Die Vereinsstrafe, Tübingen 1957 (zitiert: Meyer-Cording)
- Die Vereinsstrafe in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Juristenzeitung 1959 S. 649 ff. (zitiert: Meyer-Cording, JZ)
- Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, in: Neue Juristische Wochenschrift 1966 S. 225 ff. (zitiert: Meyer-Cording, NJW)
- Nef Hans Vereinsfreiheit, Schweizerische Juristische Kartothek Nr. 698, Genf 1942
- Oftinger Karl Ueber den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: Ausgewählte Schriften, S. 3 ff., Zürich 1978 (zitiert: Oftinger, Schriften)
- Die Vertragsfreiheit, in: Ausgewählte Schriften, S. 46 ff., Zürich 1978 (zitiert: Oftinger, Schriften)
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1975 (zitiert: Oftinger, Haftpflichtrecht)
- Patry Robert La qualité d'associé dans la société coopérative, in: 5^e Journée juridique Genève, 7 ff., Genf 1966
- Paulick Heinz Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, ein Lehr- und Handbuch, Karlsruhe 1956
- Piotet Paul La nouvelle jurisprudence du tribunal fédéral sur le but des associations, JT 1963 I 106 ff.

- La loi sur les cartels et sa notion de l'association, JT 1963 I 226 ff.
(zitiert: Piotet, Notion)
- Pozzy Cuno Begriff und Anwendung des "wichtigen Grundes" im schweiz. Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1917
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Berlin 1959
(zitiert: Reichsgerichtsräte)
- Rossel V./Mentha F.-H. Manuel du droit civil suisse, 2^{me} édition, Lausanne et Genève 1922
- Schluep Walter R. Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, WuR 21 (1969) 193 ff.
- Schönenberger/Jäggi Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1973
- Schürmann Leo Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962, Textausgabe mit Erläuterungen und Sachregister, Zürich 1964
- Siegwart Alfred Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Zürich 1938
- Soergel Th./Siebert W. Bürgerliches Gesetzbuch I, Allg. Teil, 10. Auflage, 1967
- Staudinger/Coing Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band: Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1957
- Steiger Fritz von Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechts, 2. Auflage, Zürich 1963
(zitiert: F. von Steiger)
- Steiger Werner von Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht,

5. Teil, c: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965
(zitiert: W. von Steiger, N.)
- Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/1, Basel und Stuttgart 1976 (zitiert: W.von Steiger)
- Stücheli Hans-Peter Zivilrechtliche und strafrechtliche Aspekte des Spielertransfers im bezahlten Fussballsport, Diss. Bern 1975
- Tuor P./Schnyder B. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Auflage, Zürich 1975, Nachdruck 1979
- von Tuhr Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Berlin 1910
- Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, 3. Auflage, bearbeitet von Hans Peter, Zürich 1974 ff. (zitiert: von Tuhr/Peter)
- Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II, 3. Auflage, bearbeitet von Arnold Escher (zitiert: von Tuhr/Escher)
- Van der Velden Klaus Jürgen, Die Möglichkeiten der Kartellbindung im Rahmen rechtsfähiger Vereine nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1965, MaschSchr.
- Vollenweider H . M. Beitrag zur Theorie der juristischen Person, insbesondere ihrer inneren Struktur, Diss. Zürich 1908
- Walder-Bohner Ulrich Der neue Zürcher Zivilprozess, 2.A., 1979
- Weibel Herbert Die Kontrahierungspflicht im privaten Kartellrecht der Schweiz, Diss. Bern 1971
- Weiss Gottfried Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht sowie

den zugehörigen Nebengesetzen, Verordnungen und internationalen Uebereinkünften, umfassend den Zeitraum 1912-1921, Zürich 1925 (zitiert: Weiss I)

Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht sowie den zugehörigen Nebengesetzen, Verordnungen und internationalen Uebereinkünften, umfassend den Zeitraum 1922-1937, Zürich 1942 (zitiert: Weiss II)

Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, SJZ 39 (1942/43) 513 ff., 529 ff. (zitiert: Weiss, SJZ 39)

Winkler René

Die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft in der Genossenschaft nach schweizerischem OR, Diss. Basel 1948

A B K U E R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

Abs.	Absatz
AppG Basel	Entscheidungen des Appellationsgerichts und der Gerichte erster Instanz sowie der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt des Kantons Basel-Stadt, Basel 1912 ff.
Art.	Artikel
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 29. Mai 1874
Diss.	Dissertation
Expertenkommission	Protokoll der Grossen Expertenkommission zum Personen- und Familienrecht (1901)
Exp VI	Protokoll der Expertenkommission vom April 1959 für das Kartellgesetz
HRVO	Verordnung über das Handelsregister, vom 7. Juni 1937
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, vom 20. Dezember 1962
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, vom 13. Juni 1911
MaschSchr.	Maschinenschrift
N	Note

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Berlin)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Berlin und Tübingen)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Semjud	La semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SR	Systematische Rechtssammlung
StenBull NR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
StenBull StR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, vom 21. Dezember 1937
StPO	Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) des Kantons Aargau vom 11. November 1958
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
ZgGenW	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen (Göttingen)

ZPO	Aargauische Zivilprozessordnung vom 12. März 1900
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (neue Folge, Basel)

§ 1. Der Ausschluss aus dem Verein im allgemeinen

I. Allgemeines

Durch den Ausschluss aus dem Verein wird die Mitgliedschaft beendet. Deshalb muss im folgenden zuerst der Begriff der Mitgliedschaft beim Verein definiert werden. Weiter sind andere Tatbestände zu untersuchen, die zur gleichen Rechtsfolge wie der Ausschluss führen. Da zu vermuten ist, dass die Beendigungsgründe der Mitgliedschaft einen Bezug zu den Entstehungsgründen aufweisen, sind auch diese darzustellen.

A. Begriff der Mitgliedschaft beim Verein

Die Mitgliedschaft ist das Rechtsverhältnis zwischen Verein und Mitglied, aus dem für dieses Rechte und Pflichten hervorgehen¹.

An dieser Stelle genügt der allgemeine Hinweis, dass die Mitgliedschaft beim Verein personenbezogen ausgestattet ist. Damit steht dieser in schärfstem Gegensatz zu der Aktiengesellschaft².

Die rechtliche Ordnung personenbezogener Gesellschaften ist auf die Persönlichkeit des einzelnen Teilhabers ausgerichtet. Die Mitglieder stehen in der Regel in engem persönlichem Kontakt zueinander³. Demgegenüber wird bei kapitalbezogenen Körperschaften immer auf die Kapitalbeteiligung der Mitglieder abgestellt.

1: Von Tuhr 542. Fast gleichlautende Begriffsbestimmungen verwenden Curti 14; Daeniker 115; Forrer 40; Heini 541. Egger, N 1 zu Art. 70 ZGB, bezeichnet die Mitgliedschaft als Zugehörigkeit zu einem Verein.

2: Meier-Hayoz/Forstmoser 340.

3: Meier-Hayoz/Forstmoser 82.

B. Entstehung und Beendigung der Mitgliedschaft beim Verein

Der Ausschluss eines Mitglieds bewirkt das Ende der Mitgliedschaft des Betroffenen. Allerdings ändert sich dadurch an der Existenz des Vereins und derjenigen des Ausgeschlossenen nichts. Da es darum geht, den Begriff des Ausschlusses zu bestimmen, werden im folgenden nur die Entstehungs- und Beendigungsgründe der Mitgliedschaft beim Verein dargestellt, bei denen die Mitgliedschaft unabhängig von der Existenz des Vereins oder des Betroffenen entsteht oder beendet wird.

1. Entstehung

a. Teilnahme an der Gründung

Die Mitgliedschaft beim Verein kann durch Teilnahme an der Gründung erworben werden.¹

Diese bewirkt die Entstehung des Vereins. Somit entsteht die Mitgliedschaft nicht unabhängig von dessen Existenz. Deshalb wird auf den Gründungsvorgang nicht näher eingegangen. Es genügt der Hinweis, dass die Gründer einerseits die Gründung in kleinem Kreis durchführen, die Statuten feststellen und unterschreiben können. Andererseits können sie auch zum Zwecke der Vereinsgründung eine einfache Gesellschaft bilden.²

b. Eintritt

aa. Allgemeines

Gemäss Art. 70 Abs. 1 ZGB kann der Eintritt von neuen Mitgliedern in den Verein jederzeit erfolgen³. Dadurch verändert sich der Mitgliederbestand um den Neueintretenden. Zudem erfordert der Eintritt eines Mitglieds nicht das Ausscheiden eines bisherigen. Der Verein kennt nämlich das System der festen Mitgliedschaftsstellen nicht. Vielmehr ist die Zahl der Mitglieder nicht geschlossen⁴. Eine Uebertragung der Mitgliedschaft wie

1: Meier-Hayoz/Forstmoser 341.

2: Egger N 13 zu Art. 60 ZGB.

3: Im einzelnen Seite 30 f..

4: Statutarisch kann ein numerus clausus festgelegt werden; vgl. Seite 31 bei Anm. 5.

bei der Aktiengesellschaft ist nicht vorgesehen^{1,2}.

bb. Rechtsnatur des Eintritts

Der Eintritt in den Verein beruht auf Vertrag³.

aaa. Offerte durch den Verein

Ausnahmsweise können die Statuten bestimmen, dass zur Aufnahme eines neuen Mitglieds keine Aufnahmeerklärung durch den Verein erfolgen muss. Vielmehr genügt schon die Beitrittserklärung. In diesem Falle ist die Statutenbestimmung, die dieses vorsieht, eine Offerte an jeden, der von ihr Kenntnis erhält und sie annehmen will^{4,5}. Somit stellt die Beitrittserklärung des neuen Mitglieds die Annahme der Offerte dar⁶.

bbb. Offerte durch den Bewerber

In der Regel wird der Anstoss zum Vereinsbeitritt aber vom Eintrittswilligen kommen. Dessen Aufnahmegesuch stellt eine Offerte dar⁷. Der Entscheid über deren Annahme liegt gemäss Art. 65 Abs. 1 ZGB bei der Vereinsversammlung. Die Statuten können aber auch eine andere Ordnung vorsehen und den Vorstand oder eine andere Stelle dafür zuständig erklären^{8,9}.

1: Egger, 4 zu Art. 70 ZGB.

2: Ausnahmsweise ist die Mitgliedschaft kraft statutarischer Anordnung vererblich (Vgl. Art. 70 Abs. 3 ZGB und Egger N 11 zu Art. 70 ZGB).

3: Egger N 3 zu Art. 70 ZGB; sinngemäss auch Forstmoser N 8 zu Art. 840 ZGB; Huber, Eintritt 16, 22; Jung 62 ff..

4: Sogenannte Offerte ad incertas personas (Schönenberger/Jäggi N 8, N 25 zu Art. 8 OR).

5: Von Tuhr/Peter 182 Anm. 6.

6: Forstmoser N 8 zu Art. 840 ZGB; Jung 63.

7: Forstmoser N 8 zu Art. 840 ZGB; Jung 63 f..

8: Egger N 3 zu Art. 70 ZGB; Hafter N 12 zu Art. 70 ZGB, Jung 64.

9: Ueber die Frage der Eintrittsfreiheit vgl. hinten Seite 30 f..

2. Beendigung

a. Auflösung des Vereins

Die Auflösung des Vereins gemäss Art. 76 ff. ZGB bewirkt notwendigerweise die Beendigung aller Mitgliedschaftsverhältnisse. Auf diesen Fall wird nicht näher eingegangen, da dadurch die Existenz des Vereins aufhört.

b. Tod

Der Tod beendet die Mitgliedschaft des Betroffenen (Art. 70 Abs. 3 ZGB). Dies gilt selbst dann, wenn die Mitgliedschaft durch statutarische Anordnung ausnahmsweise vererblich sein sollte¹.

c. Austritt

Auch der Austritt (Art. 70 Abs. 2 ZGB) bewirkt die Beendigung des Mitgliedschaftsverhältnisses für den Austretenden.

d. Automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft bzw. Streichung
Statutarisch wird oft vorgesehen, dass bei Eintreten gewisser Umstände die Mitgliedschaft automatisch erlöscht² bzw. das Mitglied aus der Liste der Vereinsangehörigen gestrichen³ wird. Auch bei automatischem Erlöschen der Mitgliedschaft bzw. Streichung wird die Mitgliedschaft somit beendet, ohne dass an der Existenz des Betroffenen oder derjenigen des Vereins etwas geändert würde.

3. Ergebnis

Austritt, automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft und Streichung führen zum Ende der Mitgliedschaft, ohne dass dies einen Einfluss auf die Existenz des Vereins oder des Betroffenen hätte. Diese Tatbestände weisen somit eine enge Verwandtschaft zum Ausschluss auf, weshalb sie im folgenden näher zu untersuchen sind.

1: Egger N 11 zu Art. 70 ZGB.

2: Heini 555.

3: Egger N 8 zu Art. 70 ZGB; Heini 555.

Vorerst soll aber eine Begriffsbestimmung des Ausschlusses versucht werden. Dabei wird untersucht, ob das Ausscheiden eines Beteiligten auf Initiative der anderen aus verwandten Rechtsverhältnissen bewirkt werden kann.

II. Ausschluss im besonderen

A. Begriff

Gegenstand der folgenden Untersuchung sind die Dauerverträge und die Gesellschaften des schweizerischen Obligationenrechts. Diese Beschränkung ist deshalb angängig, weil der Ausschluss¹ Mitglieder betrifft, somit nur Personenverbindungen davon betroffen werden können. Zur Bestimmung des Begriffs der Ausschliessung wird der Frage nachgegangen, ob der Ausschluss eines Beteiligten ohne Veränderung des Rechtsverhältnisses möglich ist. Zudem ist zu untersuchen, wer den Ausschluss vornimmt, die übrigen Beteiligten oder der Richter.

Auf Einzelheiten wird bewusst nicht eingegangen. Insbesondere wird die Frage, ob im einzelnen durch vertragliche Abrede oder statutarische Vorschrift Modifizierungen möglich sind, bloss gestreift. Vielmehr orientiert sich der Ueberblick an der gesetzlichen Regelung, da diese am ehesten eine Typenbildung ermöglicht.

1. Ausschluss aus verwandten Rechtsverhältnissen

a. Dauerverträge des OR

Der Dauervertrag ist ein obligatorisches Vertragsverhältnis, dessen typische Hauptleistungspflicht dauernd ist. Diese ist nicht auf das Ende hin konzipiert, sondern auf Dauer². Die im OR geregelten Dauerverträge lassen sich auf Grund der Haupt-

1: Die Begriffe "Ausschluss" und "Ausschliessung" werden in dieser Arbeit ohne Unterschied nebeneinander verwendet.

2: Gauch 8.

leistung unterteilen¹ in Verträge auf Gebrauchsüberlassung², Arbeitsverträge³, Leibrenten- und Verpfändungsvertrag sowie die einfache Gesellschaft. Diese wird meistens als erste Stufe der Gesellschaftsbildung dargestellt⁴. Sie stellt die Brücke vom Schuldrecht zum Verbandsrecht dar⁵.

Die Beendigungsgründe der Dauerverträge führen alle zum Vertragsende⁶. Die Natur des Dauervertrages als einem Schuldverhältnis, bei dem meistens zwei Personen beteiligt sind, erlaubt keinen Weiterbestand des Vertragsverhältnisses, selbst wenn der Beendigungsgrund vorwiegend in der Person des Beteiligten liegt. So kann der Vermieter gemäss Art. 261 Abs. 2 OR die sofortige Auflösung des Mietvertrages verlangen, wenn der Mieter trotz Abmahnungen seine Sorgfaltspflichten verletzt oder durch offenbar missbräuchliches Verhalten der Sache dauernden Schaden zufügt.

b. Rechtsgemeinschaften des OR

aa. Einfache Gesellschaft

Die einfache Gesellschaft kennt keinen gesetzlichen Mitgliederwechsel. Das Ausscheiden eines Gesellschafters führt von Gesetzes wegen (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2, 3, 6, 7 OR) zur Auflösung der Gesellschaft⁷. Daran zeigt sich, dass die einfache Gesellschaft eigentlich ein Dauervertrag ist. Beendigungsgründe, auch wenn sie nur in der Person eines Vertragspartners entstehen, führen zum Vertragsende.

Dass die einfache Gesellschaft auch dem Verbandsrecht angehört, zeigt sich daran, dass das Ausscheiden eines Gesellschafters vertraglich vorgesehen sein kann. So kann der Gesellschaftsvertrag den Austritt eines Gesellschafters, dessen Ausscheiden bei

1: Einteilung nach Gauch 9 ff..

2: Miete, Pacht, Gebrauchsleihe und Darlehen.

3: Dienst-, Agentur- und Hinterlegungsvertrag.

4: Meier-Hayoz/Forstmoser 189 ff..

5: Gauch 8.

6: Gauch 30.

7: W. von Steiger 413.

Verwirklichung eines bestimmten Sachverhalts oder die Ausschlussung aus wichtigen Gründen vorsehen¹.

bb. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Auch bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaft führt das Ausscheiden eines Gesellschafters nach gesetzlicher Regelung, von der durch vertragliche Abrede allerdings abgewichen werden kann², zur Auflösung der Gesellschaft. Das Gesetz sieht in Art. 577 OR jedoch die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters vor.

c. Körperschaften des OR

aa. Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft hat ein festes Grundkapital. Deshalb kann es kein Ausscheiden eines Gesellschafters geben, ohne dass dieser sogleich wieder durch einen anderen ersetzt würde. Andernfalls würde nämlich die Kapitaleinlage zurückgezogen, wodurch die Haftungsbasis tangiert würde³.

Demzufolge gibt es bei der Aktiengesellschaft keinen Austritt im technischen Sinne, sondern nur eine Uebertragung der Mitgliedschaft⁴. Schliesslich besteht bei der Aktiengesellschaft auch nur die Möglichkeit, einen Aktionär wegen Nichterfüllung der Einlagepflicht auszuschliessen (Kaduzierungsverfahren gemäss Art. 681 f. OR)⁵.

bb. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Ihre Stellung als Mischform zwischen personen- und kapitalbezogener Körperschaft zeigt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung gerade auch beim Ausscheiden von Gesellschaftern.

1: Siegwart N 38 ff. zu Art. 545-547 OR; W. von Steiger 413 f..

2: Meier-Hayoz/Forstmoser 219.

3: Meier-Hayoz/Forstmoser 271.

4: Meier-Hayoz/Forstmoser 271.

5: Meier-Hayoz/Forstmoser 273.

Die Mitgliedschaft bei der GmbH ist wie diejenige bei der AG grundsätzlich übertragbar, aber unter erschwerten Bedingungen¹. Sodann ist auch bei der GmbH ein Kaduzierungsverfahren vorgesehen².

Personenbezogen ist dagegen die Möglichkeit des Austritts eines Mitglieds und des Ausschlusses³.

cc. Genossenschaft

Bei der Genossenschaft gibt es in der Regel keine Uebertragung der Mitgliedschaft. Vielmehr vollzieht sich der Mitgliederwechsel durch Ein- und Austritt⁵. Beendet wird die Mitgliedschaft durch Austritt (Art. 842-844 OR), Ausschluss (Art. 846 OR), Tod sowie Wegfall einer Beamtung, einer Anstellung oder eines Vertrages, wenn die Mitgliedschaft damit verknüpft war (Art. 847 f. OR)⁶.

2. Art des Ausschlusses

a. Begriffliches

Der Ausschluss aus einer Gesellschaft bewirkt die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, nämlich die Beendigung der Mitgliedschaft. Rechte, mittels derer ein Mensch durch seinen alleinigen Willen eine Rechtsänderung herbeizuführen vermag, nennt man Gestaltungsrechte⁷. Neben den begründenden und ändernden kennt man die aufhebenden Gestaltungsrechte, die die Beendigung eines Rechtsverhältnisses bewirken⁸.

Gestaltungsrechte werden in der Regel durch eine an den Gegner gerichtete Willenserklärung ausgeübt. Mit deren Eintreffen ist die gewünschte Wirkung hergestellt. Bestreitet der Gegner die Gültigkeit der Gestaltungserklärung, so kann die Feststellung

1: Meier-Hayoz/Forstmoser 305.

2: Meier-Hayoz/Forstmoser 305.

3: Meier-Hayoz/Forstmoser 305.

4: Ausnahmen sind in Art. 847 Abs. 3; 849 Abs. 2 und 850 Abs. 2 OR vorgesehen.

5: Meier-Hayoz/Forstmoser 325.

6: Meier-Hayoz/Forstmoser 326

7: Von Tuhr/Peter 23.

8: Von Tuhr/Peter 23 ff.

der bereits eingetretenen Rechtswirkungen verlangt werden¹.

Nur ausnahmsweise bedürfen die Gestaltungsrechte zu ihrer Durchführung einer Klage². In diesem Falle treten die gewünschten Wirkungen erst durch das richterliche Urteil ein³. Man nennt Klagen dieser Art Gestaltungsklagen und die Urteile Gestaltungsurteile⁴.

Da der Ausschluss aus einer Gesellschaft die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses zur Folge hat, muss es sich dabei um ein Gestaltungsrecht handeln. Es fragt sich aber, in welchen Fällen der Ausschluss durch Gestaltungserklärung ausgeübt wird, in welchen Fällen dagegen eine Gestaltungsklage erhoben werden muss.

b. Anwendung

aa. Heteronome Ausschliessung durch den Richter

Die Ausschliessung aus der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft erfolgt in der Regel durch richterliches Urteil (Art. 577 OR)⁵. Dasselbe gilt, wenn der Ausschluss aus der einfachen Gesellschaft statutarisch vorgesehen ist⁶. Auch der Ausschluss aus der GmbH (Art. 822 Abs. 3 OR) und der Aktiengesellschaft (Art. 681 f. OR) kann nur durch richterliches Urteil vorgenommen werden. Dieses ist nach dem oben Ausgeführten ein Gestaltungsurteil⁷. Erst mit dem Urteil wird der Gesellschafter rechtswirksam ausgeschlossen. Dieser Umstand wird zuweilen als die konstitutive Wirkung des richterlichen Urteils bezeichnet⁸.

1: Von Tuhr / Peter 25.

2: Von Tuhr / Peter 25.

3: Von Tuhr / Peter 26.

4: Von Tuhr / Peter 26.

5: Im Gegensatz dazu können die Gesellschafter einen Mitgesellschafter ausschliessen, dessen Liquidationsanteil gepfändet wurde oder der in Konkurs gefallen ist. (Art. 578 OR.)

6: Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass vertraglich der Ausschluss durch Gesellschafterbeschluss erfolgen könne; vgl. Siegwart N 5 zu Art. 577 OR; W. von Steiger 413 ff. A. M. Hartmann N 4 zu Art. 577 OR; BGE 24 II 193.

7: So ausdrücklich Hartmann N 4 zu Art. 577 OR.

8: W. von Steiger N 19 zu Art. 822 OR.

bb. Autonome Ausschlussung durch die Gesellschaft

Der Ausschluss aus der Genossenschaft erfolgt durch einen Beschluss der Körperschaft. Art. 846 Abs. 3 OR erklärt ausdrücklich, dass die Generalversammlung über den Ausschluss entscheidet. Gegen deren Entscheid kann der Richter angerufen werden.

Gemäss Art. 65 Abs. 1 ZGB entscheidet die Vereinsversammlung über den Ausschluss von Mitgliedern. Aus Art. 72 Abs. 3 ZGB ergibt sich, dass die Ausschlussung bei fehlender Statutenbestimmung durch Vereinsbeschluss, mithin durch die Vereinsversammlung, erfolgt. In Art. 72 Abs. 2 ZGB steht zudem, dass eine Anfechtung der Ausschlussung in den in Art. 72 Abs. 1 ZGB angeführten Fällen wegen ihres Grundes nicht statthaft ist. Daraus ergibt sich u.a.¹, dass die Ausschlussung angefochten werden kann. Aus dieser Tatsache kann aber geschlossen werden, dass die Aufhebung des Rechtsverhältnisses bereits durch den Entscheid des Vereins erfolgt ist. Anfechtbarkeit setzt nämlich begrifflich ein gültiges Rechtsgeschäft voraus².

Aus diesen Ueberlegungen muss geschlossen werden, dass der Ausschluss aus dem Verein und aus der Genossenschaft durch den Entscheid der Körperschaft selber erfolgt. Somit ist dieser eine Gestaltungserklärung, die ihre Wirkungen mit deren Eintreffen beim Gegner entfaltet.

3. Ergebnis

a. Vergleich mit anderen Rechtsverhältnissen

Der summarische Ueberblick über verwandte Rechtsverhältnisse zeigt, dass der Ausschluss aus einem Verein nur mit demjenigen aus der Genossenschaft gleichgestellt werden kann. Nur Verein und Genossenschaft kennen nämlich schon von Gesetzes wegen eine Ausschlussung, die zudem durch private Gestaltungserklärung ausgeübt wird, also keines richterlichen Entscheides bedarf.

1: Vgl. zur Anfechtung Seite 131 ff..

2: BGE 71 I 387.

Die grundsätzliche Identität der Ausschlussregelung bei Verein und Genossenschaft erlaubt es vielfach, Lösungen, die für das Genossenschaftsrecht entwickelt wurden, vergleichend heranzuziehen und oft sogar zu übernehmen. Weil die Ausschlussung bei den anderen Gesellschaftsformen des schweizerischen Rechts aber anders ausgestaltet ist, wird auf diese im weiteren Verlauf der Arbeit grundsätzlich nicht mehr eingegangen.

b. Begriff des Ausschlusses

Der Eintritt in den Verein beruht auf Vertrag¹. Demgemäss stellen Austritt und Ausschluss Vorgänge dar, die das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft beenden.

Mit Ausnahme der einfachen Gesellschaft wird das Dauervertragsverhältnis durch Ausübung eines Gestaltungsrechts beendet².

Dieses Beendigungsrecht ist entweder ein Rücktritts- oder ein Kündigungsrecht³. Das Rücktrittsrecht bewirkt - wie das Kündigungsrecht - das Ende des Vertrages, lässt jedoch die Pflicht der Parteien zur Rückleistung des in Erfüllung des Vertrages bereits Erhaltenen entstehen. Das Schuldverhältnis wird ex tunc aufgehoben⁴. Demgegenüber lässt die Kündigung das Vertragsende ohne Entstehung von Rückleistungspflichten ex nunc eintreten⁵.

Abgesehen vom Leibrentenvertrag können Rückleistungspflichten bei den Dauerverträgen des OR nicht entstehen, sobald mit der Erfüllung der typischen Hauptleistungspflicht begonnen wurde⁶. Der Grund dafür liegt darin, dass die typische Hauptleistung, z. B. die Gebrauchsüberlassung, in einem fortgesetzten positiven Verhalten liegt, das natürlich nicht mehr zurückgegeben werden kann⁷.

Ähnlich liegen die Verhältnisse im Verbandsrecht. Auch hier kann keine Rückleistungspflicht entstehen. Deshalb kann der

1: Vgl. Seite 3.

2: Gauch 28 f..

3: Gauch 29.

4: Gauch 29; von Tuhr/Escher 168 f..

5: Gauch 29.

6: Gauch 30.

7: Gauch 209.

Ausschluss aus einer Körperschaft höchstens die Kündigung eines Rechtsverhältnisses darstellen. Im Unterschied zu den Dauerverträgen bewirkt diese aber nicht die Beendigung des ganzen "Vertragsverhältnisses", da ja die Körperschaft weiterbesteht.

Beendet wird bloss die Mitgliedschaft des Betroffenen.

Der Ausschluss ist somit die Kündigung seitens des Vereins¹.

Er erfolgt, indem das zuständige Organ einen negativen bzw. rechtsaufhebenden Gestaltungsakt setzt. Mit Eintreffen der Gestaltungserklärung beim Betroffenen entfaltet diese ihre Wirkungen. Dies bedeutet das Ende der Mitgliedschaft.

Entsprechend stellt auch der Austritt eine Kündigungserklärung² dar. Allerdings geht sie vom austrittswilligen Mitglied aus.

Sie entfaltet ihre Wirkungen am Ende der gesetzlichen (Art. 70 Abs. 2 ZGB) oder einer kürzeren statutarisch vorgesehenen Austrittsfrist³.

B. Zulassung des Ausschlusses

Nachdem das Vereinsrecht den Ausschluss eines Mitglieds in Art. 72 ZGB ausdrücklich gestattet, müssten an sich keine Worte mehr über dessen Zulässigkeit verloren werden. Gleichwohl ist es nützlich, sich einige Gedanken zu machen.

1. Gründe für die Zulassung des Ausschlusses

a. Persönlichkeitsrecht des Vereins

aa. Persönlichkeitsschutz der juristischen Person

Nach herrschender Lehre⁴ und Rechtsprechung⁵ geniessen auch juristische Personen den allgemeinen Persönlichkeitsschutz. Das Persönlichkeitsrecht findet seine Grenze dort, wo die darin enthaltenen Ansprüche Eigenschaften voraussetzen, die ihrem Wesen nach nur den natürlichen Personen zukommen können (Art. 53 ZGB).

1: Daeniker 122; Jung 72.

2: Egger N 9 zu Art. 70 ZGB; Jung 69 f..

3: Zu der Möglichkeit des Austritts aus wichtigem Grund vgl. nachstehend Seite 21.

4: Hinweise in BGE 97 II 100; Vgl. insbesondere auch Jäggi 133 a ff. und 217 a.

5: BGE 95 II 488 E. 4; 97 II 100.

bb. Anwendung auf den Ausschluss aus dem Verein

Nach der angeführten Regel gilt auch Art. 27 Abs. 2 ZGB für juristische Personen. Danach kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Art. 27 Abs. 2 ZGB richtet sich u.a. gegen Entäusserungen der Freiheit, die einer Dauerbindung, einem Stand¹, gleichkommen². Aus diesem Grunde kann es keine ewige Mitgliedschaft in einem Verband geben. Dies bedeutet, dass einerseits dem Mitglied der Austritt freistehen muss³. Andererseits muss auch die juristische Person gegen eine Dauerbindung geschützt werden, weshalb sie ihrerseits das Recht haben muss, die Mitgliedschaft zu kündigen.

b. Schutz des Vereinszwecks

Auch der Schutz des Vereinszwecks gebietet die Möglichkeit des Ausschlusses von Mitgliedern⁴. Gemäss Art. 74 ZGB kann keinem Mitgliede eine Aenderung des Vereinszwecks aufgenötigt werden. Gegen eine Zweckänderung, der es nicht zugestimmt hat, kann das Mitglied sich durch die Anfechtungsklage gemäss Art. 75 ZGB schützen oder sofort aus wichtigen Gründen aus dem Verein austreten⁵.

Dem Kündigungsrecht des Mitglieds bei einer Zweckänderung entspricht ein Kündigungsrecht des Vereins, wenn ein Mitglied sich in unversöhnlichen Gegensatz zum Vereinszweck setzt.

c. Vereinsautonomie

Die Zulässigkeit des Ausschlusses soll sich aus der Vereinsautonomie ergeben⁶. Dieser Begriff wird jedoch verschieden verwendet. Deshalb drängt es sich auf, ihn vorerst zu definieren und danach eine Abgrenzung von ähnlichen Begriffen vorzunehmen.

1: Vgl. zu diesem Begriff Jäggi 161 a ff..

2: Jäggi 200 a.

3: So ausdrücklich mit Bezug auf Art. 70 ZGB Jäggi 200a.

4: Aehnlich Curti 20.

5: Egger N 5 zu Art. 74 ZGB.

6: Vgl. die Hinweise bei Meyer-Cording 32 ff..

aa. Begriff

Mit der in der Schweiz herrschenden Lehre¹ und Rechtsprechung² wird in dieser Arbeit unter der Vereinsautonomie die Befugnis der Vereine verstanden, "gemäss Gesetz zur Regelung des Vereins und zu seiner Betätigung Normen zu schaffen"^{3,4}. Damit hält man sich streng an den Wortlaut des Begriffes. Das griechische Pronomen "autos" bedeutet nämlich unter anderem "selbst, persönlich". Das Substantiv "ho nomos" steht für Brauch, Sitte und wird auch für Satzung, Gesetz gebraucht. Daraus entsteht das Verbum "autonoméomai", das "sich selbst regieren, unabhängig sein" bedeutet. Ein "autonomos" lebt nach eigenen Gesetzen.

Die Befugnis des Vereins, statutarisch Vorschriften über seine Organisation und sein Verhältnis zu den Mitgliedern aufzustellen, wird in Art. 63 Abs. 1 ZGB begründet⁵. Danach gehen die Vereinsstatuten den dispositiven Gesetzesbestimmungen vor. Nur das zwingende Gesetzesrecht kann durch die Statuten nicht abgeändert werden (Art. 63 Abs. 2 ZGB).

In dieser Arbeit wird somit von der Vereinsautonomie als der Befugnis der Vereine gesprochen, statutarisch ihre Organisation und ihr Verhältnis zu den Mitgliedern zu regeln. Diese Befugnis betrifft das Innenverhältnis der Körperschaft. Grundsätzlich kommt allen Gesellschaften und Körperschaften des schweizerischen Rechts Autonomie zu, da die gesetzlichen Vorschriften über das Innenverhältnis in den gesetzlichen Schranken durch Gesellschaftsvertrag⁶ oder statutarisch⁷ geändert werden dürfen⁸. Im Gegensatz zu den anderen Körperschaften des schweizerischen Rechts geniessen die Vereine jedoch

1: Curti 13; Daeniker 34; Egger N 3 zu Art. 63 ZGB; Heini 521.

2: BGE 97 II 113; BJM 1957 145.

3: So auch für das deutsche Recht: Beuthien 6; Flume 110; Meyer-Cording 43; von Tuhr 503.

4: BGE 97 II 113.

5: Egger N 3 zu Art. 63 ZGB.

6: Vgl. zum Beispiel Art. 531 Abs. 2, 557 Abs. 2 und 598 Abs. 2 OR.

7: Heini 521; sinngemäss auch Meier-Hayoz/Forstmoser 339.

8: Heini 521; Meier-Hayoz/Forstmoser 339.

die weitaus grösste Freiheit¹. Der Gesetzgeber glaubte, ihnen eine derart weitgehende Freiheit mit Rücksicht auf die ideale Zweckverfolgung zugestehen zu dürfen².

Die im Gegensatz zu den übrigen Körperschaften besonders weitgehende Freiheit der inneren Gestaltung rechtfertigt es, gerade im Zusammenhang mit den Vereinen von der Vereinsautonomie zu sprechen.

bb. Abgrenzungen

aaa. Vereinsfreiheit gemäss Art. 56 BV

Die Vereinsfreiheit ist gegenüber ihrem öffentlichrechtlichen Gegenstück, der Vereinsfreiheit gemäss Art. 56 BV, abzugrenzen³. Diese beinhaltet das dem einzelnen Bürger dem Staate gegenüber zustehende Recht auf Bildung von Vereinen⁴. Unter den Begriff des Vereins gemäss Art. 56 BV fallen auch die Handelsgesellschaften des OR⁵. Art. 56 BV gewährleistet zunächst die freie Gründung. Er schützt den Einzelnen vor öffentlichrechtlichem Zwang zur Bildung von Vereinen oder zum Eintritt in solche⁶. Ausserdem garantiert Art. 56 BV auch die Erhaltung, d.h. die dauernde Verfolgung des Vereinszwecks durch Abhaltung von Mitgliederversammlungen bzw. andere Formen der Vereinstätigkeit, wie die Mitgliederwerbung⁷. Schliesslich ist "die Verfolgung beliebiger Zwecke und die Anwendung beliebiger Mittel" garantiert, "sofern sie nicht rechtswidrig oder staatsgefährlich sind"⁸.

Obgleich die öffentlichrechtliche Vereinsfreiheit gemäss Art. 56 BV von der privatrechtlichen Vereinsautonomie unterschieden werden muss, kann festgestellt werden, dass die privatrechtliche Vereinsfreiheit ihre Parallele im öffentlichen Recht hat⁹.

1: Meier-Hayoz/Forstmoser 339.

2: Meier-Hayoz/Forstmoser 334.

3: Heini 519.

4: Nef, SJK Nr. 698, 1.

5: Nef, a.a.O. 2.

6: Fleiner/Giacometti 377.

7: Fleiner/Giacometti 378, Nef, a.a.O. 2.

8: BGE 87 I 286.

9: Oftinger, Schriften 9.

bbb. Vereinsautonomie als eine von der Staatsgewalt unabhängige Quelle des Rechts

Nach deutschrechtlicher Auffassung hatte jeder anerkannte Verband die Befugnis, sich sein Recht selbst zu setzen. Er durfte bloss nicht in das Recht eines höheren Verbandes eingreifen¹. Im Laufe der Zeit wurde das Rechtserzeugungsmonopol immer mehr vom Staat in Anspruch genommen². Heute dürfte allgemein anerkannt sein, dass nichtstaatliche Subjekte kein Recht setzen können. Wenn Private rechtsgeschäftliche Beziehungen begründen, so beruht dies letztlich darauf, dass der Staat ihnen die Befugnis dazu verleiht, mithin die Privatautonomie anerkennt³.

Ein Begriff der Vereinsautonomie, der mit Autonomie eine von der Staatsgewalt unabhängige Rechtsquelle meint, ist als unzeitgemäss abzulehnen. Er entspricht veralteten Vorstellungen. Die Vereinsautonomie besteht nämlich nicht unabhängig von der Staatsgewalt, vielmehr wird sie in Art. 63 ZGB ausdrücklich begründet.

ccc. Vereinsautonomie als Befugnis zur Regelung der Angelegenheiten ohne Einmischung der Staatsgewalt

Zuweilen bezeichnet die Vereinsautonomie die Befugnis der Vereine, ihre Angelegenheiten durch Beschlüsse ihrer Organen ohne Einmischung der Staatsgewalt ordnen zu dürfen⁴. Nach diesem Begriff stellt die Vereinsautonomie nichts anderes als einen Anwendungsfall der Privatautonomie dar⁵. Diese, eine wesentliche Leitidee unseres Privatrechts⁶, bezeichnet die den Rechtssubjekten vom Staate verliehene Befugnis zur selbständigen Ordnung der menschlichen

1: Dazu Gierke, Deutsches Privatrecht I, 143 ff.; vgl. ausserdem: Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht, 1868 ff. Band 2, Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, 126 ff., 458 ff., 466 ff..

2: Hinweise bei Meyer-Cording 41 ff..

3: Oftinger, Schriften 4.

4: Von Tuhr 503. Vom gleichen Begriff gehen beispielsweise Ennecerus-Nipperdey 172, 426; Staudinger-Coing Vorbem. 5 g und h vor § 25 BGB und Jung 65 aus.

5: So ausdrücklich Jung 69.

6: Vgl. dazu Oftinger, Schriften 5 ff..

Beziehungen¹. Von Tuhr bezeichnet diesen Begriff der Vereinsautonomie mit Recht als vulgär². In diesem Sinne hat nämlich jedes Individuum in seiner Rechtssphäre Autonomie, indem es seine Rechtsverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung frei bestimmen kann. Mit einer solchen Begriffsbestimmung ist nichts gewonnen. Sie vernachlässigt nämlich den wesentlichen Unterschied zwischen natürlichen und juristischen Personen. Beiden ist gemeinsam, dass sie zu Dritten rechtsgeschäftliche Beziehungen aufnehmen können. Die Willensbildung natürlicher Personen ist ein innerer Vorgang, der äusserlich nicht wahrnehmbar ist und von der Rechtsordnung im allgemeinen nicht geregelt wird. Demgegenüber ist die Willensbildung juristischer Personen ein äusserlich wahrnehmbarer Vorgang, der geregelt werden muss³. Deren Träger sind die Mitglieder einer juristischen Person. In Anbetracht des grundlegenden Unterschieds zwischen natürlichen und juristischen Personen, sollte mit Vereinsautonomie nicht die Befugnis der Vereine, ihre Angelegenheiten ohne Einmischung der Staatsgewalt ordnen zu dürfen, verstanden werden. Es ist nämlich unklar, ob damit bloss die Befugnis der juristischen Personen, mit Dritten rechtsgeschäftlich zu verkehren oder das Verhältnis der juristischen Person zu ihren Mitgliedern oder beides gemeint ist.

ddd. Assoziationsfreiheit

Als Assoziationsfreiheit⁴ wird die korporative Parallele zur rechtsgeschäftlichen Freiheit bezeichnet. Diese umfasst die Freiheit, ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschliessen oder nicht, die Freiheit der Wahl einer allfälligen Gegenpartei, die Freiheit der Gestaltung des Inhalts des Geschäfts sowie die Freiheit, ein bestehendes Rechtsgeschäft aufzuheben. Demnach umfasst die Assoziationsfreiheit die Freiheit der Entscheidung, eine bestimmte Assoziation zu gründen bzw. sich einer bestehenden anzuschliessen, die Freiheit der Wahl seiner Partner, die Freiheit der Bezeichnung des Zwecks der Assoziation und der Mittel zu seiner Verwirklichung

1: Oftinger, Schriften 4 f..

2: Von Tuhr 503.

3: Daeniker 35; von Tuhr 503.

4: Vgl. dazu und zu den folgenden Ausführungen Oftinger, Schriften 5 f..

sowie die Freiheit, eine bestehende Assoziation aufzuheben oder aus ihr auszutreten bzw. Mitglieder aus ihr auszuschliessen. Der Begriff der Vereinsautonomie ist von der Assoziationsfreiheit zu unterscheiden. Diese bezieht sich nämlich auf alle Formen von Personenvereinigungen¹, während der Begriff der Autonomie in der Regel nur für Körperschaften verwendet wird². Somit ist der Begriff der Körperschaftsautonomie ein Spezialfall der Assoziationsfreiheit. Die Vereinsautonomie ihrerseits ist ein Anwendungsfall der Körperschaftsautonomie.

Körperschaften werden im allgemeinen vom Mehrheitsprinzip beherrscht³. Somit beinhaltet die Körperschaftsautonomie auch die Befugnis, Vorschriften gegen den Willen der Minderheit aufzustellen. Diese Befugnis kann aus der Assoziationsfreiheit nicht abgeleitet werden. Diese gilt nämlich auch für Rechtsgemeinschaften, die grundsätzlich vom Einstimmigkeitsprinzip beherrscht werden⁴.

cc. Folgerungen

Aus der Vereinsautonomie als Normsetzungsbefugnis ergibt sich die Berechtigung, Vorschriften aufzustellen, nach denen das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft einseitig, somit gegen den Willen des Betroffenen, aufgelöst werden kann.

2. Gründe gegen die Zulassung der Ausschliessung

a. Mitgliedschaft

Wie jedes Rechtsverhältnis verlangt die Mitgliedschaft grundsätzlich Bestand und Schutz. Schon die Anerkennung der Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis spricht somit für eine Beschränkung der Ausschlussfreiheit des Vereins.

b. Beteiligung des Betroffenen am ausschliessenden Partner

Beim Ausschluss aus einer Körperschaft schliesst sich der Betroffene, der am ausschliessenden Partner beteiligt ist, gewissermassen

1: Jung 65.

2: A. a. O.

3: Meier-Hayoz/Forstmoser 70f..

4: A. a. O.

selber aus.

Dies ergibt sich aus dem Wesen der Körperschaften. Einerseits sind diese Vereinigungen von Personen¹. Andererseits werden sie in der Regel vom Mehrheitsprinzip beherrscht². Danach können Beschlüsse auch gegen den Willen einer Minderheit gefasst werden. Somit kann jemand auch ausgeschlossen werden, obschon er ein Glied des ausschliessenden Partners ist.

c. Persönlichkeitsrecht des Mitglieds

Der Verein ist eine juristische Person, zu der die Mitglieder in der Regel eine enge persönliche Bindung eingehen. Diese persönliche Bindung ist meist sogar intensiver als bei Genossenschaften³. Aus diesem Umstand ergibt sich ohneweiteres, dass ein Ausschluss das Persönlichkeitsrecht des Mitglieds verletzen kann, da er gegen den Willen des Mitglieds ergeht.

3. Zusammenfassung

Alle gegen die Zulassung des Ausschlusses angeführten Gründe vermögen die dafür sprechenden Gründe nicht aufzuwiegen. Sie können nämlich mit dem Argument entkräftet werden, dass sich das Mitglied mit dem Beitritt zum Verein mit dessen Ausschlussbefugnis einverstanden erklärt hat. Mit der Zustimmung zu den Statuten willigt es darin ein, dass ihm die Mehrheit auch gegen seinen Willen die Mitgliedschaft entziehen kann. Sollte sich daraus eine Persönlichkeitsverletzung ergeben, so hat das Mitglied durch Zustimmung zu den Statuten darin eingewilligt. Dass der Ausschluss grundsätzlich nicht vor Art. 27 Abs. 2 ZGB standhält, kann im Ernst nicht behauptet werden.

Demgegenüber fordern das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person, der Schutz des Vereinszwecks und die Vereinsautonomie die Möglichkeit der Kündigung der Mitgliedschaft.

1: Für viele Meier-Hayoz/Forstmoser 58.

2: Meier-Hayoz/Forstmoser 71.

3: BGE 71 II 196.

C. Verhältnis des Ausschlusses zum Austritt und zum automatischen Erlöschen der Mitgliedschaft bzw. zur Streichung

Wie vorne gezeigt, sind Ausschluss, Austritt, automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft und Streichung aus der Mitgliederliste verwandte Erscheinungen. Deshalb soll im folgenden ihr Verhältnis zueinander untersucht werden.

1. Ausschluss und Austritt

a. Grundsätzliches

aa. Gemeinsamkeiten

aaa. Begründung der Zulässigkeit

Identisch ist die Begründung für die Zulässigkeit von Austritt und Ausschluss. Beide Institute sollen eine Dauerbindung mit Rücksicht auf das Persönlichkeitsrecht eines Beteiligten verhindern¹.

bbb. Kündigung

Ausschluss und Austritt stellen eine Kündigung der Mitgliedschaft dar². Damit bewirken sie beide das Ende des Rechtsverhältnisses, das durch Mitwirkung beim Gründungsakt oder durch Eintritt in den Verein begründet wird.

Wie alle Gestaltungsrechte sind Ausschluss und Austritt Herrschaftsrechte, weil sie dem Berechtigten die Befugnis verleihen, einseitig eine Rechtswirkung herbeizuführen³. Dies bedeutet, dass Austritt⁴ und Ausschluss keiner Zustimmung des Empfängers der Erklärung bedürfen.

bb. Unterschiede

aaa. Handelnde Person

Ausschluss und Austritt unterscheiden sich wesentlich durch die Person, die die Kündigung vornimmt. Beim Ausschluss wird das Ende der Mitgliedschaft durch eine Gestaltungserklärung des Vereins

1: So ausdrücklich mit Bezug auf den Austritt Jäggi 200a.

2: Egger N 9 zu Art. 70 ZGB für den Austritt; Jung 69,72.

3: Von Tuhr/Peter 23.

4: Egger N 9 zu Art. 70 ZGB.

beendet, beim Austritt dagegen durch eine solche des Mitglieds.

bbb. Frist

Wie bei allen Gestaltungserklärungen beginnen die Wirkungen von Ausschluss und Austritt mit dem Eintreffen der Erklärung beim Gegner. Gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB ist der Austritt von Gesetzes wegen zulässig, wenn er mit Beobachtung einer halbjährigen Frist auf das Ende des Kalenderjahres oder, wenn eine Verwaltungsperiode vorgesehen ist, auf deren Ende angesagt ist (ordentliche Kündigung). Die Statuten können weder die grundsätzliche Möglichkeit des Austritts einschränken, noch die in Art. 70 Abs. 2 ZGB vorgesehene Frist verlängern¹.

Ohne Einhaltung der Kündigungsfrist kann das Mitglied bei Vorliegen eines wichtigen Grundes sofort austreten² (ausserordentliche Kündigung). Ein solcher liegt darin, dass dem Mitglied das Fortbestehen der Mitgliedschaft mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse nicht mehr zumutbar ist³.

Die Statuten dürfen die Frist von Art. 70 Abs. 2 ZGB beliebig verkürzen⁴.

Ohne statutarische Anordnung ist anzunehmen, dass der Austritt jederzeit mit sofortiger Wirkung zulässig ist⁵. Dies ergibt sich einerseits schon aus dem Wortlaut von Art. 70 Abs. 2 ZGB. Diese Gesetzesbestimmung begrenzt nämlich nur eine statutarische Erschwerung des Austritts⁶. Sie enthält aber keine Regel über den Austritt bei fehlender Statutenbestimmung.

Das Austrittsrecht ist andererseits ein Gestaltungsrecht. Gestaltungserklärungen entfalten ihre Wirkung mit Eintreffen beim Gegner⁷, sofern gesetzlich oder vertraglich nichts anderes bestimmt ist. Dies gilt auch für den Austritt aus dem Verein.

1: Egger N 10 zu Art. 70 ZGB; Hafter N 13 zu Art. 70 ZGB; Jung 69.

2: Egger N 10 zu Art. 70 ZGB; Jung 70; BGE 71 II 196.

3: BGE 71 II 197.

4: Egger N 10 zu Art. 70 ZGB; Hafter N 14 zu Art. 70 ZGB; Jung 69.

5: Egger N 10 zu Art. 70 ZGB ohne Begründung.

6: Egger N 10 zu Art. 70 ZGB.

7: Von Tuhr/Peter 25.

Die jederzeitige Austrittsmöglichkeit aus wichtigem Grund hat somit nur praktische Bedeutung, wenn die Statuten eine Kündigungsfrist vorsehen.

Demgegenüber bestehen für die Ausübung des Ausschlussrechts keine gesetzlichen Fristen. Allerdings wird in der Praxis einige Zeit verstreichen, bis ein Ausschluss vollzogen ist, da das Ausschlussverfahren oft lange dauert.

b. Zeitliches Verhältnis von Ausschluss und Austritt

aa. Ausschluss während der Austrittsfrist

Bei entsprechender statutarischer Anordnung besteht eine Kündigungsfrist, während derer die Wirkungen der Austrittserklärung nicht eintreten können. Es fragt sich, ob ein Mitglied während dieser Kündigungsfrist ausgeschlossen werden kann.

Ausschluss und Austritt sind Kündigungen, die letztlich zum gleichen Ergebnis führen. Solange eine der Erklärungen ihre Wirkungen noch nicht entfaltet hat, kann die andere noch abgegeben werden. Somit ist ein während der Austrittsfrist vorgenommener Ausschluss zulässig¹.

1: Forstmoser N 22 zu Art. 846 OR.

bb. Ausschluss nach vollzogenem Austritt

Wer schon aus einem Verein ausgetreten ist, kann nicht mehr ausgeschlossen werden^{1,2}. Dies ergibt sich schon daraus, dass ein Mitglied nach vollzogenem Austritt nicht mehr Mitglied ist. Somit ist ein allfälliger Ausschluss gegenstandslos³. Ein gleichwohl vorgenommener Ausschluss wäre nichtig⁴. Ausserdem fehlt es am Zweck des Ausschlusses⁵: Dieser kann entweder der Entfernung störender Elemente oder der Abgrenzung des Mitgliederkreises nach bestimmten Kriterien dienen. Beide Ziele sind mit dem vollzogenen freiwilligen Austritt erreicht. Ein gleichwohl ausgesprochener Ausschluss könnte bloss noch das Ziel verfolgen, das Mitglied blosszustellen. Eine solche Massnahme ist aber durch nichts gerechtfertigt. Insbesondere kann dies nicht mit dem Persönlichkeitsschutz der juristischen Person, dem Schutz des Vereinszwecks oder der Vereinsautonomie begründet werden. Andererseits verletzt eine solche Massnahme das Persönlichkeitsrecht des Mitglieds⁶.

Somit steht dem Betroffenen zum Schutz seiner Persönlichkeit eine Feststellungsklage auf Nichtigkeit der Ausschliessung zu⁷.

Die Klage kann nicht mehr gestützt auf Art. 75 ZGB erfolgen, da der Kläger ja nicht mehr Mitglied ist. Sie kann sich aber auf Art. 28 ZGB stützen⁸.

Gleiches gilt für einen Beschluss, der feststellt, das Mitglied wäre ausgeschlossen worden, wenn es nicht selber ausgetreten wäre⁹.

1: Daeniker 137 Anm. 75; Egger N 3 zu Art. 72 ZGB; Ennecerus-Nipperdey 680; Flume 117; Forstmoser N 22 zu Art. 846 OR; Meyer-Cording 68,115; Paulick 152; Staudinger-Coing N 8 d zu § 35 BGB; von Tuhr 546; Weiss II Nr. 867 S. 302.

2: BGE 63 II 356 f.; SJZ 16 63 (=AppG Basel III Nr. 1); ZR 41 107.

3: Egger N 3 zu Art. 72 ZGB; Ennecerus-Nipperdey 680; Flume 117; Meyer-Cording 68,115; von Tuhr 546.

4: Ennecerus-Nipperdey 680.

5: BGE 63 II 356 f.; Egger N 3 zu Art. 72 ZGB; Weiss II Nr. 867 S. 302.

6: BGE 63 II 357; SJZ 16 63; ZR 41 103 f.; Weiss II Nr. 867 S. 302.

7: BGE 63 II 357; SJZ 16 63; ZR 41 103 f.; Egger N 3 zu Art. 72 ZGB; Ennecerus-Nipperdey 680; Weiss Nr. 867 S. 302.

8: AppG Basel III Nr. 1.

9: Paulick 152.

Auch dafür fehlt ein schutzwürdiger Zweck. Einziges Ziel kann die Blossstellung des Ausgetretenen sein. Dies hält vor Art. 28 ZGB nicht stand.

cc. Austritt während des Ausschlussverfahrens

aaa. Während der Dauer des vereinsinternen Verfahrens

Die Zulässigkeit des Austritts während des vereinsinternen Ausschlussverfahrens wird von Lehre¹ und Rechtsprechung² bejaht. Natürlich muss die Austrittsfrist der Statuten oder gegebenenfalls des Art. 70 Abs. 2 ZGB beachtet werden. Ein sofortiger Austritt ist, sofern eine Austrittsfrist besteht, nur aus wichtigem Grunde gestattet. Wenn keine wichtigen Gründe bestehen, muss die Frist abgewartet werden. Es ist natürlich möglich, dass das Ausschlussverfahren inzwischen abgeschlossen worden ist.

Ein Austritt während der Dauer des vereinsinternen Ausschlussverfahrens ist zudem nur möglich, wenn der Betroffene in dieser Zeit Mitglied bleibt³. Dies trifft bei fehlender Statutenbestimmung zu⁴. Andernfalls ist kein Austritt mehr zulässig, da die Mitgliedschaft schon beendet ist.

bbb. Während der Dauer des gerichtlichen Verfahrens

Weniger klar ist, ob ein Austritt noch während des Verfahrens der gerichtlichen Anfechtung des Ausschlusses möglich ist⁵. Wie noch zu zeigen sein wird⁶, stellt ein die Klage gegen den Ausschlussbeschluss abweisendes Urteil fest, dass die Mitgliedschaft mit Kenntnissnahme des letztinstanzlichen Vereinsbeschlusses erloschen ist. Demgegenüber hebt ein die Klage gutheissendes Urteil den Ausschlussbeschluss mit rückwirkender Kraft auf. Somit hat die Mitgliedschaft immer bestanden.

Logischerweise kann das Austrittsrecht nur von einem Mitglied ausgeübt werden. Somit kann erst nach dem Entscheid über die Klage gegen den Ausschluss entschieden werden, ob der Austritt zu Recht

1: Egger N 10 zu Art. 70 ZGB; Forstmoser N 22 zu Art. 846 OR.

2: ZR 41 107.

3: Forstmoser N 22 zu Art. 846 OR.

4: Vgl. dazu Seite 129 f..

5: Ablehnend Forstmoser N 22 zu Art. 846 OR.

6: Seite 157.

erfolgte. Das Mitglied, das nach Abschluss des vereinsinternen Verfahrens austreten will, muss neben der Erklärung des Austritts den Ausschluss beim Richter anfechten. Bei Gutheissung der Klage kann nachträglich festgestellt werden, dass der Austritt während des gerichtlichen Verfahrens zu Recht erfolgte. Andernfalls ist die Mitgliedschaft durch Ausschluss erloschen.

Diese Lösung mag rabulistisch erscheinen. Gleichwohl ist es denkbar, dass jemand Wert darauf legt, seine Mitgliedschaft durch Austritt zu beenden. Wer damit aber bis nach Abschluss des vereinsinternen Verfahrens zuwartet, der muss neben der Erklärung des Austritts den Ausschluss anfechten.

Die Mitgliedschaft ist bei Gutheissung der Klage mit der Wirksamkeit des Austritts erloschen, bei Abweisung dagegen mit der Wirksamkeit des Ausschlusses.

dd. Austritt nach vollzogenem Ausschluss

Ein Austritt nach vollzogenem Ausschluss ist nicht mehr möglich, da die Mitgliedschaft erloschen ist.

2. Ausschluss und automatischer Verlust der Mitgliedschaft bzw. Streichung

a. Automatischer Verlust der Mitgliedschaft

Im Gegensatz zum Genossenschaftsrecht kennt das Gesetz für den Verein mit Ausnahme des Todes (Art. 70 Abs. 3 ZGB) keine automatische Beendigung der Mitgliedschaft.

Gemäss Art. 848 OR kann die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft in der Weise mit einer Beamtung oder Anstellung verknüpft oder die Folge eines Vertragsverhältnisses sein, dass die Mitgliedschaft ohne anderslautende Statutenbestimmung mit dem Aufhören der Beamtung oder Anstellung oder dem Wegfall des Vertrages dahinfällt.

Gemäss Art. 850 Abs. 1 und 2 OR kann die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft statutarisch vom Eigentum an einem Grundstück oder vom wirtschaftlichen Betrieb eines solchen abhängig gemacht werden. Ausserdem kann statutarisch bestimmt werden, dass Mitgliedschaft und Eigentum miteinander wechseln. Im Genossenschaftsrecht wird die Zulässigkeit der statutarischen Einführung zusätzlicher Fälle automatischen Mitgliedschaftsverlustes anerkannt¹.

1: Forstmoser N 29 zu Art. 848 OR.

Recht häufig sehen die Statuten im Vereinsrecht das automatische Erlöschen der Mitgliedschaft beim Eintritt bestimmter Umstände vor.

Der automatische Verlust der Mitgliedschaft führt, wie das Wort sagt, zum gleichen Ergebnis wie der Ausschluss. Anders als beim Ausschluss wird die Mitgliedschaft nicht durch Beschluss eines Vereinsorgans beendet, sondern durch den Eintritt eines bestimmten Umstandes. Somit liegt keine Gestaltungserklärung oder Kündigung vor.

Diese Feststellung führt zu der Frage, welche Gründe zum automatischen Verlust der Mitgliedschaft führen können. Dies ist im Zusammenhang mit der Behandlung der Ausschlussgründe zu untersuchen¹.

b. Streichung

Oft wird statutarisch bestimmt, dass ein Mitglied bei Verwirklichung bestimmter Gründe aus der Liste der Mitglieder "gestrichen" wird.

Es fragt sich, ob die Streichung ein Ausschluss oder ein dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft ähnliches oder sogar gleiches Rechtsgebilde ist. Die Antwort hängt davon ab, ob der Verein eine Gestaltungserklärung abgibt oder nicht. Tut er dies, so handelt es sich um einen Ausschluss. Gibt der Verein keine Kündigungserklärung ab, so liegt ein dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft verwandter Tatbestand vor. Er unterscheidet sich von diesem dadurch, dass der Verein tätig wird, und sei es nur durch einen untergeordneten Angestellten. Diese Tatsache ist jedoch ohne Bedeutung. Massgebend ist vielmehr, dass der Verein keinen formellen Ausschluss ausspricht. Somit entzieht er seinen Mitgliedern den in Art. 72 ZGB gewährten Rechtsschutz². Im übrigen unterscheidet sich die Streichung nicht wesentlich vom automatischen Erlöschen der Mitgliedschaft. Auch bei der Streichung wird die Beendigung der Mitgliedschaft nicht durch eine formelle

1: Seite 32 ff..

2: Forstmoser N 29 zu Art. 848 OR.

Erklärung kundgetan. Im Ergebnis ist die Streichung somit wie der automatische Verlust der Mitgliedschaft zu behandeln.

§ 2. Die Ausschlussgründe

I. Allgemeines

A. Entstehungsgeschichte¹

Art. 89 des Vorentwurfs von 1900² enthielt keine ausdrückliche Befugnis der Vereine, statutarisch bestimmte Ausschlussgründe festzulegen oder gar den Ausschluss aus wichtigen Gründen vorzusehen. Ob die Möglichkeit des Ausschlusses aus bestimmten Gründen oder ohne Grundangabe aus der Formulierung von Art. 89 geschlossen werden kann, ist zweifelhaft. Immerhin ging der Gesetzesredaktor davon aus, dass die Statuten bestimmen könnten, "dass die Mehrheit jederzeit berechtigt sein soll, ein Mitglied zum Austritt zu zwingen, ohne Gründe dafür anzugeben. ... Oder es können auch umgekehrt die Gründe genau fixiert werden, aus denen eine derartige Ausschliessung soll vorgenommen werden dürfen."³

1: In diesem Abschnitt ist nur mit Bezug auf die Ausschlussgründe von der Entstehung des Art. 72 ZGB die Rede. Bezüglich der anderen Problemkreise sei auf die entsprechenden Kapitel verwiesen.

2: Art. 89 des Vorentwurfs von 1900 lautet:
Die Ausschliessung eines Mitglieds kann, auch wenn die Statuten darüber keine Bestimmung enthalten, aus wichtigen Gründen durch Vereinsbeschluss erfolgen.
Das ausgeschlossene Mitglied kann jedoch innerhalb Monatsfrist, von der Mitteilung der Ausschliessung an gerechnet, diesen Beschluss auf dem Rechtswege anfechten.

3: Huber, Erläuterungen 90.

Einige Mitglieder der Expertenkommission erkannten aber, dass die Fassung von Art. 89 Abs. 1 des Vorentwurfs nicht völlig eindeutig war.¹

Nach eingehender Diskussion beschlossen die Mitglieder der Expertenkommission, dass der Art. 89 eine Fassung erhalten solle, aus der zweifelsfrei hervorgehe, dass die Statuten den Ausschluss sowohl aus bestimmten Gründen wie auch ohne Grundangabe vorsehen könnten.² Dem Parlament wurde mit Art. 82 des Entwurfs von 1904 eine Fassung vorgelegt, deren Absätze 1 und 2 mit den Absätzen 1 und 3 des heutigen Art. 72 ZGB völlig identisch sind.³

-
- 1: Das Kommissionsmitglied Hoffmann bemerkte, "man sei beim vorliegenden Wortlaut über den Inhalt des ersten Absatzes nicht recht klar" (Expertenkommission 51). Sein Kollege Schneider teilte diese Ansicht (Expertenkommission 51). Nach Ansicht von Bühlmann (Expertenkommission 52) musste aus dem Entwurf die Unzulässigkeit einer Statutenbestimmung geschlossen werden, "die vorsehen würde, dass ein Mitglied durch einfachen Mehrheitsbeschluss ohne Grundangabe ausgeschlossen werden könnte, d.h. es solle für alle Fälle ein Ausschluss ohne triftige Gründe verhindert werden." Die Herren Scherrer und Schmid konstatierten ebenfalls, dass verschiedene Auffassungen über Sinn und Tragweite des Art. 89 bestünden (Expertenkommission 53). Dies veranlasste den Referenten zu der Bemerkung, "Art. 89 habe dem Verein niemals die Befugnis nehmen wollen, in den Statuten den Ausschluss frei zu gestalten." (Expertenkommission 54)
- 2: Nach dem Beschluss der Expertenkommission sollte der Art. 89 etwa folgendermassen lauten:
"Die Ausschliessung eines Mitglieds kann, auch wenn die Statuten darüber keine Bestimmung enthalten, aus wichtigen Gründen durch Vereinsbeschluss erfolgen.
Die Statuten können bestimmen, dass die Ausschliessung durch Vereinsbeschluss ohne Angabe der Gründe erfolgen kann.
Das ausgeschlossenen Mitglied kann innerhalb Monatsfrist, von der Mitteilung der Ausschliessung an gerechnet, den Beschluss auf dem Rechtswege anfechten, im ersten Falle, weil die Ausschliessung ohne genügenden Grund, im zweiten, weil sie nicht in den statutarischen Formen erfolgt sei." (Expertenkommission 56).
- 3: Art. 82 des Entwurfs von 1904 lautet:
"Die Statuten können die Gründe bestimmen, aus denen ein Mitglied ausgeschlossen werden darf, sie können aber auch die Ausschliessung ohne Angabe der Gründe gestatten.
Enthalten die Statuten hierüber keine Bestimmung, so darf die Ausschliessung nur durch Vereinsbeschluss und aus wichtigen Gründen erfolgen.
Das ausgeschlossene Mitglied kann die Ausschliessung innerhalb Monatsfrist, nachdem es von ihr Mitteilung erhalten hat, wegen Verletzung von statutarischen oder gesetzlichen Vorschriften auf dem Rechtswege anfechten."

Die gesetzliche Regelung der Ausschlussgründe war in den parlamentarischen Beratungen unbestritten¹.

Eugen Huber begründete das freie Ausschlussrecht der Vereine folgendermassen: "Wer einem Verein mit einer solchen statutären Bestimmung beitrifft, darf sich nicht beklagen, wenn er später davon betroffen wird."² Diese Begründung tauchte auch während den parlamentarischen Beratungen in ähnlichen Formulierungen auf³. Weiter wurde erklärt, "dem Vereinswesen müsse ein möglichst breiter Spielraum gelassen werden".. "ohne dass die staatlichen Organe oder die Gerichte sich in das innere Leben eines Vereins einzumischen haben."⁴

B. Verhältnis der Ausschlussgründe zu anderen Tatbeständen des Mitgliederwechsels

1. Ausschlussgründe

Gemäss Art. 72 Abs. 1 ZGB können die Statuten die Gründe bestimmen, aus denen ein Mitglied ausgeschlossen werden darf. Sie können aber auch die Ausschlussung ohne Angabe der Gründe gestatten. Gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB darf der Ausschluss bei fehlender Statutenbestimmung nur aus wichtigen Gründen erfolgen.

2. Eintritt

Der Eintritt von Mitgliedern kann jederzeit erfolgen (Art. 70 Abs. 1 ZGB). Aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung könnte man auf ein Aufnahmerecht Aussenstehender schliessen⁵.

Der Wortlaut ist aber auch das einzige, was dafür spricht. Dagegen sprechen sowohl die Assoziationsfreiheit wie auch die Vereinsautonomie.

1: Vgl. dazu StenBull NR 1905 478 ff.; StR 1905 939 ff.; NR 1907 230 ff.; StR 1907 287 ff..

2: Erläuterungen 90.

3: StenBull NR 1905 482.

4: Votum Wirz (StenBull StR 1905 943).

5: Jung 67.

Nach dem Grundsatz der Assoziationsfreiheit, einem Spezialfall der Privatautonomie, ist jede Vereinigung insbesondere darin frei, ihre Partner selber auszuwählen¹. Die Assoziationsfreiheit verbietet den Koalitionszwang geradezu².

Auch aus der Vereinsautonomie ergibt sich die Befugnis des Vereins, die Voraussetzungen der Mitgliedschaft frei zu bestimmen³. Die Freiheit des Vereins, seine Mitglieder nach beliebigen Kriterien auszuwählen, ist unbestritten⁴. Diese Freiheit geht so weit, dass die Vereine einen numerus clausus⁵ statuieren und sogar die Aufnahme verweigern dürfen, wenn die Beitrittsvoraussetzungen an sich erfüllt wären.

Diese Rechtslage wird durch die ideale Zweckverfolgung der Vereine gefordert. Wo Mitglieder durch ein Ideal zusammengehalten werden, ist eine Einschränkung der Aufnahmefreiheit nicht gerechtfertigt^{6,7}.

3. Austritt

Das Austrittsrecht gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB darf grundsätzlich ohne Begründung ausgeübt werden⁸. Nur beim sofortigen Austritt aus wichtigen Gründen ist eine Begründung erforderlich. Sonst könnte gar nicht überprüft werden, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Ebenso darf statutarisch für Austritte eine Begründung verlangt werden, die in einer kürzeren als der in Art. 70 Abs. 2 ZGB vorgesehenen Frist erklärt werden. Dafür dürfen auch andere als wichtige Gründe verlangt werden⁹.

1: Jung 64; Oftinger, Schriften 5.

2: Jung 65.

3: Jung 65.

4: Egger N 6 zu Art. 70 ZGB; Hafer N 10 zu Art. 70 ZGB; Jung 67.

5: Im Gegensatz dazu steht die Regelung des Genossenschaftsrechts in Art. 839 OR. Vgl. Forstmoser N 4 ff. zu Art. 839 OR; Jung 75 ff..

6,7: Jung 68.

Zur Frage, ob die wirtschaftliche Zwecksetzung einen Aufnahmezwang begründen kann vgl. § 5.

8: BGE 63 II 356; Jung 69.

9: BGE 63 II 356.

Somit ist die Grundangabe beim Austritt die Ausnahme. Ebenso wie der Verein in der Schaffung von Eintrittsvoraussetzungen frei ist und Bewerber sogar ohne Begründung ablehnen darf, wenn sie die Aufnahmebedingungen erfüllen¹, darf das Mitglied ohne Begründung austreten².

4. Automatischer Verlust der Mitgliedschaft bzw. Streichung

An dieser Stelle ist die Frage zu untersuchen, welche Gründe zum automatischen Erlöschen der Mitgliedschaft führen können. Ausgangspunkt der Untersuchung ist BGE 48 II 360 ff..

a. Ausgangspunkt

BGE 48 II 360 ff. betraf den automatischen Verlust der Mitgliedschaft bei der "Società Cooperativa Italiana" in Zürich, einer Genossenschaft. Deren Mitglieder waren einerseits die italienische sozialistische Sektion Zürich sowie ohne weiteres alle Mitglieder dieser Sektion. In Art. 40 der Statuten der Genossenschaft wurde folgendes bestimmt: "Sollte ein Mitglied aus irgend welchem Grunde der sozialdemokratischen Sektion nicht mehr angehören, so kann es auch nicht mehr in der Genossenschaft bleiben." Als Folge der Errichtung der Sowjetrepublik und der Spaltung der italienischen sozialistischen Partei trat eine kommunistische Mehrheit der Mitglieder aus der sozialistischen Sektion aus³. An einer darauffolgenden Mitgliederversammlung stellte die Minderheit fest, dass die Mehrheit durch ihren Uebertritt zur kommunistischen Partei auch aus der Società Cooperativa ausgeschieden sei⁴.

1: Vgl. Seite 30 f..

2: Jung 70.

3: BGE 48 II 365.

4: In der Versammlung der Minderheit wurde festgestellt, "dass die 34 Mitglieder, die für den Uebertritt zur kommunistischen Partei gestimmt hatten, aus der italienischen sozialistischen Sektion Zürich und damit auch aus der Cooperativa ausgeschieden seien.." (a.a.O. 361). In den Erwägungen stellt das Bundesgericht fest, die Tatsache, dass die Mehrheit aus der Sektion ausgetreten sei, werde von dieser nicht bestritten (a. a.O. 365). Diesen Sachverhalt legte das Bundesgericht seinem Urteil zugrunde.

Das Bundesgericht bejahte die Zulässigkeit des automatischen Verlusts der Mitgliedschaft. Als Gründe dafür kämen jedoch "bloss interne Veränderungen in der Person der Mitglieder, blosser Gesinnungswechsel, schon der Beweisschwierigkeiten wegen" nicht in Betracht. "Soweit es sich dagegen um äusserlich in die Erscheinung tretende Ereignisse handelt, die ohne weiteres festgestellt werden können, wie dies hinsichtlich des im Streite liegenden Austrittes aus einer anderen Vereinigung zutrifft, besteht kein Grund, einen besonderen Ausschlussbeschluss zu verlangen."¹

Der vom Bundesgericht ausgesprochene Grundsatz ist einleuchtend und wird von der Lehre auch anerkannt².

Als Gründe, die zum automatischen Verlust der Mitgliedschaft führen können, werden in der Literatur u.a. etwa folgende Umstände angeführt: Konkurs³; strafrechtliche Verurteilung, die zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte führt³; Aenderung des Wohnsitzes⁴; Nichtbezahlung von Beiträgen⁴; Wegfall gewisser Voraussetzungen der Mitgliedschaft⁵; Ausübung eines bestimmten Berufes⁶; Höchstalter⁶; Grundbesitz⁶; Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession⁶; Austritt aus einer politischen Partei⁷. Bei den angeführten Beispielen ist in der Regel erstellt, dass es sich um "äusserlich in die Erscheinung tretende Ereignisse handelt, die ohne weiteres festgestellt werden können."⁸ Allerdings kann im Falle des Wegfalls der Voraussetzungen der Mitgliedschaftrecht zweifelhaft sein, ob dieser Fall tatsächlich vorliegt. Somit muss die vom Bundesgericht aufgestellte Regel verdeutlicht werden.

Ausgangspunkt des Lösungsversuches ist die allgemeine Frage nach dem Vorgehen bei der Anwendung einer Statutenbestimmung.

1: BGE 48 II 363.

2: Egger N 8 zu Art. 70 ZGB; Gerwig 259; Heini 555; Rossel/Mentha Nr. 242 S. 160; von Tuhr 544; Weiss II Nr. 858 zu Art 70 ZGB S. 300; SJZ 19 103; ZBJV 72 492; ZR 1942 107.

3: Forstmoser N 32 zu Art. 848 OR; Rossel/Mentha Nr. 242 S.160.

4: Von Tuhr 544.

5: Egger N 8 zu Art. 70 ZGB; Gerwig 259; von Tuhr 544.

6: Egger N 8 zu Art. 70 ZGB.

7: Forstmoser N 32 zu Art. 848 OR.

8: BGE 48 II 363.

b. Lösungsversuch¹

Die Anwendung einer Statutenbestimmung muss, unbesehen davon, wie die Statuten rechtlich zu qualifizieren sind², methodisch auf die gleiche Weise wie diejenige von Gesetzesbestimmungen erfolgen³. Beide Normengruppen⁴ enthalten einen Tatbestand und eine Rechtsfolge⁵. So steht in Art. 919 Abs. 1 ZGB als Tatbestand: "wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat" und als Rechtsfolge "ist ihr Besitzer". Entsprechend kann in Statuten der Tatbestand "wer dem Vereinszweck zuwiderhandelt" und die Rechtsfolge "wird aus dem Verein ausgeschlossen" enthalten sein.

aa. Ermittlung des Sachverhalts

Vor der Anwendung einer Norm stellt sich logischerweise zuerst die Aufgabe, den zu beurteilenden Sachverhalt zu ermitteln.

bb. Subsumtion

Weiter muss der Tatbestand ausgelegt und gleichzeitig der Sachverhalt darunter subsumiert werden, zwei Vorgänge, die sich zwar logisch, nicht aber praktisch sauber trennen lassen.

Der Subsumtion kommt aber nicht in allen Fällen die gleiche Bedeutung zu⁶. Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen:

- Wer den Mitgliederbeitrag nach einmaliger Mahnung nicht bezahlt, wird aus dem Verein ausgeschlossen.
- Wem vereinsschädigendes Verhalten nachgewiesen werden kann, der wird aus dem Verein ausgeschlossen.

1: Als Vorbemerkung zu diesem Abschnitt sei darauf hingewiesen, dass sich der Autor durchaus bewusst ist, eine stark vereinfachende Darstellung des Problems der Anwendung einer Rechtsnorm zu geben. Allerdings glaubt er, dass die entwickelten Kriterien eine taugliche Grundlage abgeben. Ob dies zutrifft, wird das Ergebnis dieser Arbeit zeigen.

2: Vgl. zu diesem Problem Meyer-Cording 31 ff..

3: Das methodische Vorgehen bei der Anwendung einer Statutenbestimmung hat mit der Auslegung nichts zu tun. Diese erfolgt in Anwendung der Regeln über die Vertragsinterpretation (Hinweise bei Forstmoser N 60 ff. zu Art. 832 und 833 OR).

4: Beuthien 2, Meyer-Cording 88.

5: Beuthien 2 ff., Keller 68 ff., Meyer-Cording 78 ff..

6: Meyer-Cording 91 ff..

aaa. Bestimmte Tatbestände

Im ersten Beispiel liegt ein bestimmter Tatbestand¹ vor. Ob ein bestimmter Sachverhalt diesen Tatbestand erfüllt, kann leicht abgeklärt werden. Es stellen sich keine schwierigen Subsumtionsprobleme. Die Aufgabe der Subsumtion wird in diesem Falle von verschiedenen vernünftigen Leuten immer gleich gelöst werden.

bbb. Unbestimmte Tatbestände

Anders liegen die Verhältnisse im zweiten Fall. Wohl kann auch hier der Sachverhalt ermittelt, d.h. festgestellt werden, was das Mitglied sich hat zuschulden kommen lassen. Ob dieses Verhalten jedoch den Tatbestand des vereinsschädigenden Verhaltens erfüllt, ist eine nicht immer leicht zu beantwortende Frage der Subsumtion. Verschiedene vernünftige Leute können zu verschiedenen vertretbaren Lösungen gelangen.

Gleich verhält es sich mit ähnlichen Ausschlussgründen wie der ungenügenden turnerischen Leistung oder der mangelhaften Gesangsleistung. Solche Tatbestände können in Analogie zu den sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffen² unbestimmte Tatbestände³ genannt werden. Entscheidend ist, dass die tatbeständlichen Voraussetzungen einer Rechtsfolge nicht mit hinreichender Bestimmtheit festgelegt sind⁴. Dem zuständigen Vereinsorgan steht Tatbestandsermessen⁵ zu.

cc. Anwendung der Rechtsfolge

Wie bestimmte und unbestimmte Tatbestände unterschieden werden, so können die Rechtsfolgen in bestimmte und unbestimmte gegliedert werden.

aaa. Bestimmte Rechtsfolgen

Kennen die Statuten nur den Ausschluss als einzige Sanktion oder für verschiedene Tatbestände je eigene Sanktionen, so liegen bestimmte Rechtsfolgen vor.

1: Meyer-Cording 91.

2: Zu diesem Begriff Imboden/Rhinow 398 ff. mit Hinweisen.

3: Beuthien 4.; Meyer-Cording 91 ff..

4: Imboden/Rhinow 405.

5: Imboden/Rhinow 405.

In diesen Fällen ergeben sich die Rechtsfolgen ohne weiteres nach der Subsumtion des Sachverhaltens unter den Tatbestand. Dabei besteht kein Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Tatbeständen. Wenn der Ausschluss beispielsweise für den Tatbestand des vereinsschädigenden Verhaltens angedroht ist, muss zuerst der Sachverhalt unter den Tatbestand subsumiert werden. Ist dieser erfüllt, so ergibt sich als Rechtsfolge der Ausschluss.

bbb. Unbestimmte Rechtsfolgen

Wenn eine unbestimmte Rechtsfolge vorliegt, kommt dem zuständigen Organ Rechtsfolgeermessen zu¹. So können die Statuten für einen Tatbestand verschiedene mögliche Sanktionen vorsehen (Auswahlermessen)².

1: Imboden/Rhinow 405.

2: Imboden/Rhinow 405.

Ausserdem kann das zuständige Organ zur Anwendung einer Rechtsfolge berechtigt, aber nicht verpflichtet sein (Entscheidungs-
ermessen)^{1,2}.

1: Imboden/Rhinow 405

2: In seiner verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung unterscheidet das schweizerische Bundesgericht die Begriffe des unbestimmten Rechtsbegriffs und des Rechtsfolgeermessens. Der unbestimmte Rechtsbegriff findet sich im Tatbestand einer Rechtsnorm. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geschieht in Beantwortung einer Rechtsfrage. Richtig ist nur eine Lösung (BGE 91 I 75; 95 I 40). Allerdings wird der Verwaltung bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ein sogenannter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Einer vertretbaren Auslegung des unbestimmten Begriffes durch die Verwaltung wird die Anerkennung nicht versagt (Imboden/Rhinow 405 f.).

Demgegenüber liegt echtes Ermessen nur im Falle des Rechtsfolgeermessens vor. Bei der Anwendung von Ermessen gelten zwei Lösungen als in gleicher Weise richtig (Imboden/Rhinow 407). Die Unterscheidung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen wird kritisiert, da unklar sei, worin sich der eingeräumte Beurteilungsspielraum vom eigentlichen Verwaltungsermessen unterscheidet (Imboden/Rhinow 406). Imboden/Rhinow gehen davon aus, dass der "Gesetzgeber je nach der zu regelnden Materie, seinen Erkenntnissen, der Sachnähe usw. zu unterschiedlicher Regelungsichte und Terminierung greifen kann bzw. muss. Er ist auf Abstraktionen und generalisierende Begriffe angewiesen, wobei diese Tatbestand und Rechtsfolge gleichermaßen betreffen können... Ausgangspunkt der Abgrenzung von frei überprüfbar Normbestandteilen und der Anerkennung eines 'Spielraumes' der Verwaltungsbehörden ist demnach die Bestimmung der im Gesetz enthaltenen 'Delegation' von Entscheidungsbefugnissen an die Verwaltung." (a.a.O. 407). Nach der von Imboden/Rhinow vorgeschlagenen Lösung sind die Grenzen der richterlichen Kognition nur für je die einzelne Norm bestimmbar (so ausdrücklich a.a.O. 407). Es ist hier nicht der Ort, die von den Autoren Imboden/Rhinow aufgeworfene Frage zu beantworten oder auch nur einen Versuch dafür zu unternehmen. Es genügt der Hinweis, dass tatsächlich unklar ist, worin sich der der Verwaltung bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe eingeräumte Beurteilungsspielraum vom Verwaltungsermessen unterscheidet. Gemeinsam ist den beiden Konstruktionen, dass letztlich nicht nur eine einzige Lösung als richtig gilt. Dies ist für die vorliegende Arbeit entscheidend. In Anlehnung an Imboden/Rhinow wird in der vorliegenden Arbeit nicht zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Rechtsfolgeermessen unterschieden. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass die rechtsanwendende Behörde in beiden Fällen Ermessen hat. Um zu unterscheiden, ob das Ermessen im Tatbestand oder in der Rechtsfolge liegt, wird dagegen zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen unterschieden.

Diese Terminologie entspricht im übrigen auch eher derjenigen des ZGB, das in Art. 4 für die Fälle, bei denen der Richter auf sein Ermessen verwiesen wird, auch nicht zwischen Tatbestand und Rechtsfolge unterscheidet.

c. Ergebnis

Damit es sich um ein "äusserlich in die Erscheinung tretendes Ereignis" handelt, das "ohne weiteres festgestellt"¹ werden kann, muss der Sachverhalt objektiv feststellbar sein sowie ein bestimmter Tatbestand vorliegen². Dies wird beispielsweise im Falle der Konkurseröffnung zutreffen. Gemäss Art. 232 SchKG wird die Konkurseröffnung nämlich publiziert. Somit ist der Sachverhalt objektiv feststellbar. Zudem ist die Subsumtion des Sachverhalts unter den gleichlautenden Tatbestand äusserst unproblematisch. Schliesslich muss die Rechtsfolge, der automatische Verlust der Mitgliedschaft, ausdrücklich vorgesehen sein.

Dieses Ergebnis zeigt, dass der Verlust der Mitgliedschaft tatsächlich dem Willen des zuständigen Organs entzogen ist³. Diesem steht nämlich weder ein Ermessen in der Subsumtion des Tatbestandes noch in der Anwendung der Rechtsfolge zu.

Die gleichen Anforderungen sind auch an die Streichung zu stellen, sofern diese keinen Ausschluss darstellt⁴.

5. Zusammenfassung

a. Ausschluss und Eintritt

Das ausserordentlich weitgehende Ausschlussrecht des Vereins stimmt damit überein, dass auch der Eintritt äusserst freiheitlich geregelt ist. Insbesondere kann ein Verein selbst Bewerber ablehnen, die die Beitrittsvoraussetzungen erfüllen. Diese Ablehnung muss nicht einmal begründet werden.

b. Ausschluss und Austritt

Keine Grundangabe ist auch für die ordentliche Kündigung des Mitglieds, den Austritt gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB, erforderlich. Nur ausnahmsweise, im Falle der ausserordentlichen Kündigung aus wichtigen Gründen, ist der Austritt von Gesetzes wegen zu begründen.

1: BGE 48 II 363.

2: Natürlich ist auch die Rechtsfolge bestimmt, indem nämlich der Verlust der Mitgliedschaft eintritt.

3: Forstmoser N 29 zu Art. 848 OR.

4: Seite 26 f..

Die Statuten dürfen zudem eine Begründung als Voraussetzung für einen gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB erleichterten Austritt verlangen. Dabei muss es sich nicht um wichtige Gründe handeln. Der Austritt ohne Begründung ist somit die Regel, während die Begründung die Ausnahme darstellt. Für ein gegenüber dem gesetzlichen Austrittsrecht gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB erleichtertes Austrittsrecht dürfen statutarisch irgendwelche Gründe verlangt werden. Demgegenüber ist der Austritt, der entgegen statutarischer Vorschrift sofort erfolgt, nur aus wichtigen Gründen zulässig.

Im Unterschied zum Austritt ist der Ausschluss bei fehlender Statutenbestimmung stets nur aus wichtigen Gründen zulässig. Demgegenüber sind, vom Gesetz aus betrachtet, der Ausschluss aus anderen als wichtigen Gründen und derjenige ohne Grundangabe Ausnahmefälle, die der statutarischen Anordnung bedürfen.

Zusammengefasst stellt der wichtige Grund für den Ausschluss die Regel, für den Austritt die Ausnahme dar.

Diese unterschiedliche Regelung muss wohl damit erklärt werden, dass sich das Mitglied gegenüber der Körperschaft stets in der schwächeren Position befindet. Ein Ausschluss wird ein Mitglied stets härter treffen als ein Austritt die Körperschaft. Deshalb ist dieser ohne Grund zulässig. Ein gewisser Ausgleich zum Austrittsrecht ohne Grundangabe ist die gesetzliche Kündigungsfrist gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB. Sie stellt eine Konzession an das Interesse des Vereins dar, sich nicht von einem Tag auf den anderen eines Mitglieds beraubt zu sehen.

c. Ausschluss und automatischer Verlust der Mitgliedschaft bzw. Streichung

Als Gründe, die zur Rechtsfolge des automatischen Verlusts der Mitgliedschaft bzw. der Streichung führen können, eignen sich nur bestimmte Tatbestände, die auf einen objektiv feststellbaren Sachverhalt angewandt werden. Später wird zu zeigen sein, wie sich der Rechtsschutz des Mitgliedes gestaltet, wenn ein Verein an ungeeignete Tatbestände die Rechtsfolge des automatischen Verlustes der Mitgliedschaft knüpfen sollte¹.

1: Seite 192 ff..

C. Verhältnis der Ausschlussarten

1. Fehlende Statutenbestimmung

Dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 3 ZGB ist zu entnehmen, dass Ausschlüsse bei fehlender Statutenbestimmung nur aus wichtigen Gründen vorgenommen werden dürfen¹.

2. Statutarische Bestimmung von Ausschlussgründen

Wenn die Statuten Ausschlussgründe nennen, so bedeutet dies, dass ein Ausschluss aus diesen Gründen zulässig ist. Heisst dies aber auch, dass die Ausschliessung aus anderen Gründen nicht zulässig ist, die statutarische Aufzählung mit anderen Worten erschöpfend ist ?

a. Verbot des Ausschlusses ohne Grundangabe

Die Bestimmung statutarischer Ausschlussgründe wäre überflüssig, wenn die Vereine ihre Mitglieder gleichwohl ohne Grundangabe ausschliessen könnten. Ausserdem fehlt für einen Ausschluss ohne Grundangabe die statutarische Grundlage gemäss Art. 72 Abs. 1 ZGB. Daraus ergibt sich, dass die Vereine, die nur bestimmte Ausschlussgründe kennen, den Ausschluss ohne Grundangabe nicht vornehmen dürfen.

b. Verbot des Ausschlusses aus anderen als wichtigen und statutarisch nicht genannten Gründen

Nicht statthaft ist es ebenso, einen Ausschluss aus statutarisch nicht vorgesehenen Gründen vorzusehen, die nicht wichtige Gründe gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB darstellen. Auch in diesem Falle würde es eben an der statutarischen Grundlage fehlen, die allein andere als wichtige Ausschlussgründe zu rechtfertigen vermag.

c. Zulässigkeit des Ausschlusses aus wichtigen Gründen

Dem Interesse der Mitglieder entspricht es, wenn sie genau wissen, aus welchen Gründen sie ausgeschlossen werden können.

1: Egger N 6 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 9 zu Art 72 ZGB; Heini 554.

Die Mitglieder wollen ihr Handeln im Rahmen des Vereins nach den Statuten ausrichten und wissen, was sie erwartet. Diesem Interesse wird aber Genüge getan, wenn ein Ausschluss nur aus erheblicheren als den statutarisch genannten Gründen zulässig ist¹. Somit kann ein Mitglied aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden, auch wenn der Verein statutarisch bestimmte Ausschlussgründe vorsieht².

d. Ergebnis

Zusammengefasst ergibt sich, dass die statutarische Aufzählung der Ausschlussgründe in dem Sinne nicht erschöpfend ist, als die Vereine unabhängig davon ein Mitglied aus wichtigen Gründen ausschliessen dürfen. Bedeutungslos ist die statutarische Bestimmung der Ausschlussgründe aber gleichwohl nicht. Abgesehen davon, dass bei Vorliegen dieser Gründe die Frage gar nicht mehr geprüft werden muss, ob diese auch wichtige sind, geben sie einen Hinweis darauf, welche Umstände für die in einem Verein herrschende Gruppenethik³ erheblich sind.

3. Ausschluss ohne Grundangabe

Wenn die Statuten den Ausschluss ohne Grundangabe vorsehen, dürfen die Vereine ihre Mitglieder auch aus wichtigen oder nicht wichtigen Gründen ausschliessen.

-
- 1: Es ist denkbar, dass die Statuten den Ausschluss nur für ausserordentlich gravierende Verfehlungen eines Mitglieds vorsehen, somit mehr als bloss wichtige Gründe verlangt werden. Dies wäre ein statutarischer Verzicht auf den Ausschluss aus "gewöhnlichen" wichtigen Gründen. Vgl. dazu Seite 43 ff..
 - 2: Daeniker 127; Egger, 1.Auflage, N 3 c zu Art. 72 ZGB.
 - 3: Meyer-Cording zeigt (S.2), dass Individuen sich in einer Gruppe anders verhalten als allein."In der Verflechtung und Reziprozität der Gruppenbeziehungen, im gemeinsamen Erleben, in der Verfolgung eines Gesamtzieles und eventuell im Kampf für dieses entstehen wesensverbindende und seelenformende Einflüsse. Der einzelne fügt sich ein und passt sich an. Er wird sozialisiert. Die Genossen lernen die Dinge in gleicher Weise "sehen". Damit bildet sich eine bestimmte Haltung des umfassten Personenkreises heraus, die sich in einem verbindenden Gruppengefühl oder Gruppendenken spiegelt, woraus sich wiederum eine Gruppenmoral oder Gruppenethik ableiten lässt."

Dies ergibt sich aus der Abwägung der Interessen. Wer einem Verein beitrifft, der den Ausschluss ohne Grundangabe vorsieht, der muss damit rechnen, dass diese Bestimmung eines Tages auf ihn angewandt wird. Schliesst ihn nun der Verein unter Angabe von bestimmten Gründen aus, so wird das Mitglied besser gestellt¹, als es hätte erwarten dürfen.

D. Einführung des Ausschlusses durch nachträgliche Statutenänderung

1. Grundsatz

Es gehört zum Wesen der juristischen Person, dass sich die Mitglieder mit Eintritt in den Verband dem Willen der Mehrheit unterwerfen². Ebenso wie die Vereine gemäss Art. 63 ZGB in der Aufstellung der Statuten autonom sind³, können sie durch Statutenänderung ihre Organisation und ihr Verhältnis zu den Mitgliedern in freier Weise neu gestalten⁴.

Die Befugnis, gegen den Willen der Minderheit eine Statutenänderung vorzunehmen, ergibt sich aus der Vereinsautonomie. M. E. könnte dieses Recht aber der Assoziationsfreiheit nicht ohne weiteres entnommen werden. Diese beinhaltet begrifflich das Mehrheitsprinzip nicht⁵.

Zuständig für Statutenänderungen ist gemäss Art. 65 Abs. 1 ZGB die Vereinsversammlung⁶. Gemäss Art. 67 Abs. 2 ZGB genügt die Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder.

Es ist also denkbar, dass ein Verein nachträglich auf dem Wege der Statutenänderung beispielsweise den Ausschluss ohne Grundangabe einführt. Dies ist zulässig⁷.

1: Vgl. Seite 109 ff. zur Frage, ob der Verein zum Ausschluss verpflichtet ist.

2: Egger N 1 zu Art. 66/67 ZGB; Meier-Hayoz/Forstmoser 70 f..

3: Vgl. Seite 13 ff..

4: Egger N 5 zu Art. 65 ZGB.

5: Vgl. Seite 17 f..

6: Egger N 3 zu Art. 65 ZGB.

7: Daeniker 127.

Durch den Eintritt in den Verein unterwirft man sich dessen Statuten, insbesondere auch dem im betreffenden Verein herrschenden Verfahren der Statutenänderung. Somit muss jeder, der in einen Verein eintritt, damit rechnen, dass die Statuten geändert werden, insbesondere auch Ausschlussgründe eingeführt bzw. geändert werden können. Dies gilt natürlich nicht für die Einführung rückwirkender Ausschlussgründe. Man kann in diesem Falle nicht von einer Zustimmung zu den Statuten sprechen, da anzunehmen ist, dass den Mitgliedern der Wille fehlt, sich rückwirkenden Statutenbestimmungen zu unterwerfen¹. Zudem müssen die Mitglieder einer juristischen Person ihr Verhalten nach den Statuten ausrichten können. Dies ist aber für vergangenes Verhalten unmöglich. Deshalb sind Statutenbestimmungen, die Rechtsfolgen an vergangene Vorfälle knüpfen, unzulässig.

2. Ausnahme

Eine Einschränkung muss allerdings sofort gemacht werden. Es ist denkbar, dass ein Verein nachträglich die Ausschliessung ohne Grundangabe nur deshalb einführt, um eine Minderheit ausschliessen zu können, die andere Ziele als die Mehrheit verfolgt². Es fragt sich nun, ob diese Statutenänderung gemäss Art. 75 ZGB von den Mitgliedern, die ihr nicht zugestimmt haben, innert einem Monat seit Kenntnissnahme angefochten werden kann^{3,4}.

Gemäss Art. 75 ZGB können gesetz- und statutenwidrige Vereinsbeschlüsse⁵ innert Monatsfrist angefochten werden. Gesetzeswidrig sind auch rechtsmissbräuchliche Beschlüsse⁶.

1: Meyer-Cording 89.

2: Beispiel aus Hafter N 7 zu Art. 72 ZGB.

3: So Hafter a.a.O.; a.M. Vollenweider 65; unklar Egger, 1. Auflage, N 2 am Ende zu Art. 72 ZGB.

4: Es stellt sich nur die Frage, ob der Beschluss der Statutenänderung angefochten werden kann. Es wird nämlich zu verhindern versucht, dass überhaupt ein statutarischer Ausschlussgrund gemäss Art. 72 Abs. 1 ZGB entsteht.

5: Egger N 8 zu Art. 75 ZGB.

6: Egger N 19 zu Art 75 ZGB.

Rechtsmissbräuchlich wäre eine Statutenänderung, die, ohne schützenswerte Interessen zu verfolgen, ausschliesslich darauf ausgerichtet ist, eine Minderheit oder auch bloss einzelne Mitglieder auszustossen. Ein solcher Missbrauch ist nicht leichthin anzunehmen. Es sind nämlich Fälle denkbar, in denen ein legitimes Bedürfnis bestehen kann, eine Minderheit auszuschalten. Dazu gehören die Fälle, in denen ein Teil der Mitglieder einer politischen Partei Ziele zu verfolgen beginnt, die mit deren ursprünglicher Zwecksetzung nicht mehr übereinstimmen. Wenn die Minderheit die Partei nicht freiwillig verlässt, muss die Mehrheit die Möglichkeit haben, diese auszuschliessen. Zwar wird in der Regel in der Haltung der Minderheit ohnehin ein wichtiger Grund liegen, der die Ausschliessung von Gesetzes wegen gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB zulässt. Aber es ist auch denkbar, dass die Meinungsverschiedenheiten nicht allzu schwerwiegend sind, dass sich die Minderheit nicht in völligen Gegensatz zu den statutarischen Vereinszwecken setzt. Auch in diesem Falle wäre eine Änderung der statutarischen Ausschlussbestimmungen gerechtfertigt, da sie das legitime Bedürfnis verfolgt, im Verein die "reine" Lehre zu erhalten. Rechtsmissbräuchlich wäre es dagegen, eine Statutenänderung bloss zu dem Zwecke einzuführen, um beispielsweise ein Mitglied des Vorstandes ausschliessen zu können, das der Haltung der übrigen Vorstandsmitglieder kritisch gegenüber steht, dessen Verhalten aber im übrigen völlig tadellos ist.

Im Ergebnis ist somit Hafter¹ zuzustimmen, wonach eine Statutenänderung gemäss Art. 75 ZGB angefochten werden kann, wenn sie offenbar rechtsmissbräuchlich vorgenommen wurde. Wann ein offener Rechtsmissbrauch vorliegt, kann nicht generell definiert werden. Vielmehr ist im Einzelfall eine Abwägung der Interessen des Vereins und derjenigen der Betroffenen vorzunehmen.

Voraussetzungen der Anfechtungsklage sind im übrigen, dass die klagenden Mitglieder dem Beschluss nicht zugestimmt haben² sowie die Einhaltung der Klagefrist von einem Monat³.

Nach Ablauf dieser Frist besteht die neue Statuten-

1: Hafter N 7 zu Art. 72 ZGB.

2: Egger N 27 zu Art. 75 ZGB.

3: Egger N 29 zu Art. 75 ZGB.

bestimmung zu Recht. Eine Anfechtung müsste sich nun gegen die auf die neue Statutenbestimmung gestützte Ausschliessung als solche richten und würde gemäss Art. 72 Abs. 2 ZGB beurteilt. Insbesondere könnten die Vorgänge, die zur Einführung der Statutenbestimmung geführt haben, nicht mehr vorgebracht werden. Andernfalls würde die Verwirkungsfrist¹ von Art. 75 ZGB indirekt verlängert.

II. Ausschlussgründe im einzelnen

A. Zwingendes gesetzliches Recht

1. Fragestellung

Man kann sich fragen, ob die Statuten den Ausschluss rechtswirksam verbieten können². Zwar habe ich keine Statutenbestimmung gefunden, die solches vorgesehen hätte. Immerhin ist das Bedürfnis denkbar, sich auf diese Weise gegen Ausschlüsse von vorneherein abzusichern.

Gemäss Art. 63 Abs. 2 ZGB können Bestimmungen, deren Anwendung von Gesetzes wegen vorgeschrieben sind, durch die Statuten nicht abgeändert werden. In diesem Sinne ist Art. 72 Abs. 3 ZGB nicht zwingend. Dies zeigt schon dessen Wortlaut. Art. 72 Abs. 3 ZGB bestimmt, dass ein Ausschluss nur aus wichtigen Gründen zulässig ist, wenn die Statuten keine Bestimmung über den Ausschluss enthalten. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass ein Ausschluss bei entsprechender statutarischer Grundlage aus anderen als wichtigen Gründen zulässig ist. Fraglich ist aber, ob der Ausschluss aus wichtigen Gründen statutarisch wegbedungen werden kann.

1: Egger N 29 zu Art. 75 ZGB.

2: Diese Frage wird von Meyer-Cording, allerdings ohne nähere Begründung, bejaht (S. 13).

2. Lösungsversuch: Ausschluss und Austritt

Ein statutarisches Verbot des Ausschlusses würde den Verein der Möglichkeit berauben, die Verbindung zu einzelnen Mitgliedern einseitig aufzulösen. Austritt und Ausschluss stimmen darin überein, dass sie die Beendigung der Mitgliedschaft herbeiführen. Während im Falle des Ausschlusses der Verein handelt, geht die Initiative beim Austritt vom einzelnen Mitglied aus.

a. Gründe für das zwingende Austrittsrecht

Gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB ist der Austritt von Gesetzes wegen zulässig, wenn er mit Beobachtung einer halbjährigen Frist auf das Ende des Kalenderjahres oder, wenn eine Verwaltungsperiode vorgesehen ist, auf deren Ende angesagt wird. Schon der Wortlaut der Gesetzesbestimmung zeigt, dass sie insofern zwingendes Recht darstellt, als die Vereine keine weitere Erschwerung des Austritts als die Beobachtung einer halbjährigen Frist auf das Ende des Kalenderjahres bzw. einer allfällig vorgesehenen Verwaltungsperiode einführen dürfen. Andererseits ist jede beliebige Erleichterung des Austritts zulässig. Dies entspricht herrschender Lehre¹ und Rechtsprechung². Die Begründung für den zwingenden Charakter dieses Austrittsrechts liegt einmal darin, dass der Austritt eines Einzelnen für den Verein weniger bedeutsam als beispielsweise für die Genossenschaft ist³. Demgemäss können die Statuten von Genossenschaften gemäss Art. 842 Abs. 2 OR vorschreiben, dass der Austretende zur Bezahlung einer angemessenen Auslösungssumme verpflichtet ist, wenn nach den Umständen der Gesellschaft durch den Austritt ein erheblicher Schaden erwächst oder deren Fortbestand gefährdet wird. Ein dauerndes Verbot oder eine übermässige Erschwerung des Austritts durch Statuten oder Vertrag ist gemäss Art. 842 Abs. 3 OR aber auch im Genossenschaftsrecht ungültig.

Der Grund für den zwingenden Charakter des Austrittsrechts liegt aber auch darin, dass der Austritt stets der wirksamste

1: Egger N 10 zu Art. 70 ZGB; Hafer N 13 zu Art. 70 ZGB; Heini 552 f.; Rossel/Mentha Nr. 237 S. 157; Weiss II Nr. 853 ff. zu Art. 70 ZGB.

2: BGE 63 II 355; 71 II 197.

3: So BGE 71 II 197.

Schutz gegen eine Majorisierung, insbesondere bei Statutenänderungen¹, ist. Den Mitgliedern können durch nachträgliche Statutenänderungen nämlich Pflichten auferlegt werden, die beim Eintritt in den Verein noch nicht bestanden. So kann nachträglich anstatt eines mässigen Mitgliederbeitrages gemäss Art. 71 Abs. 1 ZGB sogar eine Nachschusspflicht festgesetzt werden². Gegen solche nicht vorgesehenen Pflichten schützt der Austritt. Schliesslich verhindert das Austrittsrecht ein Uebermass an zeitlicher Bindung³. Das Verbot zeitlich übermässiger Bindung ergibt sich aus Art. 27 Abs. 2 ZGB⁴. Deshalb würde eine übermässige Erschwerung des Austritts gegen das Persönlichkeitsrecht der Mitglieder verstossen⁵.

b. Anwendung auf den Ausschluss

Da Austritt und Ausschluss parallele Erscheinungen sind, können deren Beschränkungen nach gleichen Gesichtspunkten beurteilt werden. Unterschiede sind bloss gerechtfertigt, sofern sie sich daraus ergeben, dass beim Ausschluss der Verein, beim Austritt dagegen das Mitglied aktiv wird.

Eine Interessenabwägung zeigt, dass die Mitglieder durchaus ein Interesse daran haben können, sich gegen Ausschlüsse abzusichern. Dies gilt insbesondere, seit die Vereine handfeste wirtschaftliche Interessen verfolgen dürfen⁶. So kann ein Mitglied im Hinblick auf seine Zugehörigkeit zu einem Verein Vorkehrungen treffen, insbesondere finanzielle Investitionen von grosser Tragweite tätigen. Diese verdienen Schutz gegen Beeinträchtigungen. Somit rechtfertigt sich - vom Mitglied aus gesehen - die Absicherung gegen einen allfälligen Verlust der Mitgliedschaft. Demgegenüber würde ein statutarisches Ausschlussverbot dem Verein die Trennung von untragbaren Mitgliedern verunmöglichen. So könnte beispielsweise in einer religiösen Vereinigung ein Mit-

1: Von Tuhr 544.

2: Meier-Hayoz/Forstmoser 86.

3: Jäggi 200 a; von Tuhr 549.

4: BGE 39 II 541 ff.; 51 II 162 ff.; 93 II 300; 97 II 400.

5: Jäggi 200 a.

6: Dazu Seite 71 f..

glied, das nach seinem Eintritt in den Verein zum Atheisten geworden ist, die gesamte Vereinstätigkeit sabotieren. Der allgemeine Persönlichkeitsschutz steht grundsätzlich auch juristischen Personen zu¹. Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person findet gemäss Art. 53 ZGB dort seine Grenze, wo die darin enthaltenen Ansprüche Eigenschaften voraussetzen, die ihrem Wesen nach nur natürlichen Personen zukommen können². Dies trifft auf den internen Persönlichkeitsschutz, dem Schutz der Person vor deren Träger gemäss Art. 27 ZGB³, nicht zu. Auch eine juristische Person ist somit beispielsweise gegen übermässige Bindungen in zeitlicher Hinsicht geschützt. Ein statutarischer Verzicht auf den Ausschluss aus wichtigen Gründen würde gegen dieses Verbot verstossen. Zusammengefasst ergibt sich, dass ein Verein statutarisch nicht darauf verzichten kann, Mitglieder aus wichtigen Gründen auszuschliessen^{4,5,6}. Eine dahingehende Statutenbestimmung wäre gemäss Art. 20 OR nichtig. Der Verein hätte somit die Möglichkeit, Mitglieder gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB auszuschliessen.

B. Statutarisches Recht

1. Ausschluss mit Grundangabe

a. Grundsatz

aa. Allgemeines

Nach unbestrittener herrschender Lehre sind die Vereine in der Bestimmung statutarischer Ausschlussgründe völlig frei⁷. Es ist gleichgültig, ob die Ausschlussgründe vernünftig oder auch nur zweck-

1: BGE 95 II 488 E. 4; 97 II 100; Seite 12 f..

2: BGE 97 II 100.

3: Für viele Tuor/Schnyder 79.

4: So für das Genossenschaftsrecht Forstmoser N 15 zu Art. 846 OR.

5: Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob der Verein im Anwendungsfall auf den Ausschluss verzichten kann; vgl. Seite 108 f..

6: Vgl. auch Seite 41 Anm. 1.

7: Curti-Forrer N 1 zu Art. 72 ZGB; Daeniker 125; Egger N 4 zu Art. 72 ZGB; Hafer N 3 zu Art. 72 ZGB.

mässig sind oder nicht^{1,2}. Die Vereine können eng umschriebene Gründe nennen oder sich mit eher unbestimmten Tatbeständen begnügen^{3,4}. Dies ergibt sich aus dem Recht, statutarisch den Ausschluss ohne Grundangabe vorzusehen. Unter diesen Umständen dürfen sich die Vereine auch mit weniger weitgehenden Statutenbestimmungen begnügen.

Die Befugnis, bestimmte Ausschlussgründe festzusetzen, entspricht dem Recht, die Aufnahme von Mitgliedern an beliebige Voraussetzungen zu knüpfen⁵.

bb. Unterschied zwischen Ausschluss und Geldstrafen

In BGE 44 II 77 ff. hatte das Bundesgericht über die Gültigkeit der Statutenbestimmung einer Genossenschaft zu befinden, wonach Mitglieder ausgeschlossen werden konnten, die durch ihre Handlungen und Worte die katholische Religion oder Kirche öffentlich schwer beleidigten. Gestützt auf diese Bestimmung war ein Mitglied ausgeschlossen worden, das eine geschiedene Frau geheiratet hatte, deren ehemaliger Gatte noch lebte. Der Betroffene machte geltend, durch den Ausschluss wegen einer gesetzlich erlaubten Ehe habe die Genossenschaft das durch die Bundesverfassung gewährleistete Recht auf Ehe verletzt.

Das Bundesgericht erklärte⁶, dieser Einwand würde zutreffen, wenn eine solche Heirat mit einer Geldstrafe bedroht wäre, die die Mitglieder indirekt daran hindern würde, ein durch die Bundesverfassung garantiertes Recht auszuüben. Ein solcher stillschweigender Verzicht auf die Ausübung garantierter Rechte wäre

1: Curti-Forrer N 1 zu Art. 72 ZGB.

2: Im Gegensatz dazu ist die Genossenschaft in der Festsetzung statutarischer Ausschlussgründe nicht völlig frei. Vielmehr ist ein gewisser Bezug zu der genossenschaftlichen Tätigkeit notwendig (Forstmoser N 10 zu Art. 846 OR; a. M. Gutzwiller N 5 und 12 zu Art. 846 OR).

3: Egger N 4 zu Art. 72 ZGB; Weiss II Nr. 870 zu Art. 72 ZGB.

4: Mit der Bejahung der Zulässigkeit unbestimmter Tatbestände ist die Frage noch nicht beantwortet, wie diese insbesondere mit Bezug auf die richterliche Kognition zu behandeln sind.

5: Vgl. Seite 30 f..

6: BGE 44 II 81 f..

in Anwendung von Art. 27 ZGB nichtig. Aber im vorliegenden Falle bleibe die Freiheit des Genossenschafters gewahrt. Durch die Ausübung eines durch die Kirche verbotenen aber durch die staatliche Gesetzgebung gewährten Rechts werde er gar nicht bestraft. Vielmehr gehe er bloss der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft verlustig, zu deren leitenden Grundsätzen er sich durch seine Lebensführung in Gegensatz stelle. Wenn es erlaubt sei, die Aufnahme in eine Genossenschaft von bestimmten Glaubensvorschriften abhängig zu machen, müsse es natürlich auch zulässig sein, ein Mitglied auszuschliessen, dessen Handlungen - obschon durch die staatliche Gesetzgebung erlaubt - in Widerspruch zum Glauben stünden.

Der Ausgangspunkt der bundesgerichtlichen Begründung trifft nicht zu. Die fragliche Statutenbestimmung war faktisch nämlich durchaus geeignet, auf die Mitglieder einen indirekten Druck auszuüben. Ob die Verletzung einer Statutenbestimmung eine Geldstrafe oder den Ausschluss zur Folge hat, macht keinen Unterschied. Beide Sanktionen können das Verhalten eines Mitglieds beeinflussen.

Die Bundesgericht getroffene Unterscheidung ist aber aus einem anderen Grunde richtig.

Vereinsstrafen können nur wegen der Verletzung rechtsgültiger Verpflichtungen auferlegt werden¹. Diese Sanktionen werden von den zuständigen Vereinsorganen verhängt², bedürfen aber letztlich der Vollstreckung durch staatliche Organe. Es ist Sache des ordentlichen Richters³, im Bestreitungsfall über Zulässigkeit und Höhe der Strafe zu entscheiden^{4,5}. Daran ändert auch nichts, dass sich viele Vereine zur Sicherung der Bezahlung Sicherheiten, z. B. in Form eines Wechsels oder einer hinter-

1: Egger N 10 zu Art. 71 ZGB.

2: Meyer-Cording, Vereinsstrafe 75 ff..

3: Zuständig kann auch ein Schiedsgericht sein; vgl. Seite 153.

4: Vgl. die Darstellung der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung bei Corbat S. 108 ff..

5: Insbesondere stellt der Entscheid des Vereins keinen Rechtsöffnungstitel dar (Egger N 10 zu Art. 71 ZGB).

legten Summe, geben lassen¹. Erst das richterliche Urteil setzt nämlich im Streitfall Zulässigkeit und Höhe der Strafe fest. Die Leistung einer Sicherheit führt bloss zu einer Umkehrung der Parteirollen in einem allfälligen Prozess, in dem das bestrafte Mitglied auf Rückleistung der verrechneten Summe klagen muss, wenn es mit der Strafe nicht einverstanden ist.

Demgegenüber erfolgt der Ausschluss aus dem Verein nicht durch richterliches Urteil. Vielmehr führt der Entscheid des letztinstanzlich zuständigen Vereinsorgans zum Erlöschen der Mitgliedschaft². Einer Zwangsvollstreckung bedarf es nicht. Das Mitglied hat allerdings die Möglichkeit, die Gültigkeit des Beschlusses anzufechten. Bei Gutheissung der Anfechtungsklage wird der Beschluss mit rückwirkender Kraft aufgehoben, während das abweisende Urteil die Rechtmässigkeit der Ausschlussung feststellt³. Irgendeine Verpflichtung wird dem Mitglied durch die Ausschlussung nicht auferlegt. Der Unterschied zwischen einer Geldstrafe und dem Ausschluss liegt somit darin, dass bei der Vollstreckung der Vereinsstrafe, die auf Geldzahlung lautet, die Hilfe der staatlichen Organe in Anspruch genommen werden muss, während dies beim Ausschluss nicht zutrifft. Die Verhältnisse liegen ähnlich wie beim Eintritt in eine Religionsgemeinschaft bzw. beim Austritt daraus. Ein- und Austritt sind dem freien Entschluss des Einzelnen vorbehalten⁴. Der Religionsgemeinschaft kann nicht verwehrt werden, Rechtsnachteile an den Austritt zu knüpfen, ja diesen gar nicht zu anerkennen. Diese Nachteile bzw. die Nichtanerkennung des Austritts bleiben jedoch ohne Einfluss auf die bürgerliche Existenz des Betroffenen. Der Staat darf die Sanktionen einer Religionsgemeinschaft nicht vollstrecken⁵. Dies ist m. E. auch für Geldstrafe und Ausschluss entscheidend: Der Staat darf Sanktionen eines privaten Verbandes

1: Meyer-Cording 11.

2: Vgl. Seite 135 ff. .

3: Vgl. Seite 157.

4: So Fleiner/Giacometti 317.

5: A. a. O.

nur vollstrecken, wenn es sich um rechtsgültige Verpflichtungen handelt. Da der Ausschluss aber keiner Vollstreckung bedarf, können die Statuten auch Ausschlussgründe bestimmen, die nicht Gegenstand einer rechtsgültigen Verpflichtung sein könnten. Dieses Ergebnis entspricht der Tatsache, dass die Vereine die Aufnahme von Mitgliedern statutarisch an bestimmte Voraussetzungen knüpfen dürfen¹.

b. Ausnahmen

Zuweilen sehen gesetzliche Bestimmungen für gewisse Vereine oder bezüglich bestimmter Mitglieder Beschränkungen der Ausschlussfreiheit vor.

aa. In personeller Hinsicht

Bundesbeamte dürfen weder selbst in den Streik treten noch andere Beamte dazu veranlassen (Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927²). Demgemäss dürfen Vereine und Genossenschaften einen Beamten wegen Nichtteilnahme an einem Streik weder als Mitglied ausschliessen noch ihm einen wirtschaftlichen Nachteil zufügen (Art. 23 Abs. 2). Gemäss Art. 23 Abs. 3 sind diesen Verboten zuwiderlaufende Abreden, Statutenbestimmungen oder Anordnungen von Vereinen und Genossenschaften nichtig. Dies entspricht Art. 13 Abs. 2 des Beamtengesetzes, wonach Bundesbeamte einer Vereinigung nicht beitreten dürfen, die den Streik von Beamten vorsieht oder anwendet. Dieses Beitrittsverbot ist wohl der Ausdruck der Befürchtung des Gesetzgebers, dass durch entsprechende Statutenbestimmungen psychologischer Druck auf die Beamten ausgeübt werden könnte, gleichwohl in den Streik zu treten.

1: Vgl. Seite 30 f..

2: SR 172.221.10.

bb. In sachlicher Hinsicht

aaa. Schiessvereine

Gemäss Art. 12 der "Verordnung über das Schiesswesen ausser Dienst" vom 29. November 1935¹ dürfen Schiessvereine, die vom Bunde im Sinne des Bundesgesetzes über die Militärorganisation anerkannt worden sind, die Aufnahme von Schiesspflichtigen, die in der Gemeinde wohnen, wo der Verein seinen Sitz hat, nur verweigern, wenn wichtige Gründe vorliegen. Entsprechend können Schiesspflichtige nur aus wichtigen Gründen aus dem Verein ausgeschlossen werden (Art. 13 Abs. 1). Die Kognition über den Ausschluss steht ausschliesslich den Administrativbehörden zu².

M. E. ist ein Ausschluss sogar nur aus wichtigen Gründen zulässig. Es kann ja nicht der Sinn der Verordnung sein, die Verweigerung der Aufnahme nur aus wichtigen Gründen zuzulassen, den Ausschluss aber aus beliebigen Gründen zu erlauben. Andernfalls wäre die Beschränkung der Aufnahmefreiheit wirkungslos, könnten doch die Vereine missliebige Mitglieder gleich nach der Aufnahme aus statutarischen Gründen oder ohne Grundangabe ausschliessen. Die Schiesspflicht kann nur in anerkannten Schiessvereinen erfüllt werden. Diese erfüllen eine öffentliche Aufgabe, wofür sie staatlich subventioniert werden. Andererseits bewirkt die Subvention in der Regel "eine an die staatliche Vergünstigung geknüpfte Verhaltensbindung des Empfängers"³. Die Beschränkung der Ausschlussfreiheit ist eine Beschränkung dieser Art.

bbb. Krankenkassen

Krankenkassen, die Anspruch auf Anerkennung im Sinne der Art. 13 f. KUVG erheben, müssen in der Form der Genossenschaft, des Vereins oder der Stiftung organisiert sein (Art. 1 Abs. 1 lit. c der "Verordnung V über die Krankenversicherung betreffend die Anerkennung von Krankenkassen und Rückversicherungsverbänden sowie ihre finanzielle Sicherheit" vom 2. Februar 1965⁴).

1: SR 512.31.

2: ZBJV 63 144.

3: Imboden/Rhinow 1128.

4: SR 832.121.

Mit der Anerkennung erhalten die Kassen Anspruch auf Bundes-subventionen. Andererseits sind sie weitgehend der Spezialgesetzgebung über die Sozialversicherung unterstellt, so dass die Mitglieder dieser Kassen hinsichtlich ihrer Mitgliedschaftsrechte nur mehr am Rande den Bestimmungen von ZGB und OR unterstellt sind^{1,2}.

So darf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession oder Partei dem Schweizerbürger, der bei einer Kasse seines Aufenthaltsortes eintreten will, gemäss Art. 5 Abs. 2 KUVG nicht entgegengehalten werden, wenn ihm dort keine Kasse offensteht, deren allgemeine Aufnahmebedingungen er erfüllt. Demgemäss dürfen die Kassen keine Mitglieder aus konfessionellen oder politischen Gründen ausschliessen (Art. 11 KUVG).

c. Beispiele

In den statutarischen Ausschlussbestimmungen spiegelt sich der Charakter eines Vereins³. Dies kann besonders anschaulich an den Statuten der Studentenvereine gezeigt werden⁴. Danach stellt der Verzicht auf Anschaffung der Statuten, des Vereinsliederbuches, des Bandes oder der Vereinszeitung einen Ausschlussgrund dar. Offenbar gelten diese Gegenstände im Leben dieser Vereine als derart wichtig, dass der Verzicht auf deren Anschaffung das Mitglied als nicht mehr tragbar erscheinen lässt. Entsprechend finden sich je nach der Zwecksetzung der Vereine andere bezeichnende Bestimmungen. Typisch für Sportverbände sind beispielsweise die Ausschlussgründe des unsportlichen Verhaltens und der Schädigung des Sports⁵. Den Wertvorstellungen von Gewerkschaften entsprechend sind Sperrebruch,

1: Vgl. dazu im einzelnen: Maurer, Grundriss des Bundessozialversicherungsrechts, S. 8 ff..

2: Für viele BGE 96 V 1, 13.

3: Daeniker 126.

4: Vgl. Statuten des Studentenvereins § 16 Ziff. 1 i. V. m. § 22 Ziff. 6.

5: In der Regel wird in dieser Arbeit darauf verzichtet, die Quelle für Statutenbestimmungen zu nennen. Dies geschieht auf entsprechenden Wunsch vieler Verbände, die ihre Statuten freundlicherweise zur Verfügung gestellt haben.

Streikbruch und die Mitgliedschaft bei einer feindlichen politischen Organisation bzw. Partei, deren Grundsätze mit dem eigenen Programm unvereinbar sind, Ausschlussgründe.

Sehr oft trifft man andererseits auch auf Formulierungen, die nicht direkt auf den Zweck des Vereins schliessen lassen. So werden häufig die Zuwiderhandlung gegen Vereinsziele, Handlungen gegen das Interesse des Vereins und die Verletzung von Vereinspflichten mit dem Ausschluss bedroht.

2. Ausschluss ohne Grundangabe

a. Allgemeines

Gemäss Art. 72 Abs. 1 ZGB können die Statuten bestimmen, dass Mitglieder ohne Angabe der Gründe ausgeschlossen werden dürfen. Dies bedeutet schon nach dem Wortlaut nicht, dass keine Gründe bestehen, sondern dass keine angegeben werden müssen.

Die Möglichkeit, einen Ausschluss ohne Angabe von Gründen vornehmen zu können, entspricht dem Recht des Mitglieds auf Austritt ohne Grundangabe gemäss Art. 70 Abs. 2 ZGB¹. Durch den Ausschluss ohne Grundangabe wird der Einblick in dessen Motive praktisch völlig verhindert und demgemäss eine Anfechtung² äusserst erschwert. Diese Bestimmung ist im schweizerischen Gesellschaftsrecht völlig einzigartig³. Begründet wurde sie bei deren Einführung damit, dass man sich nicht beklagen dürfe, wenn man einem Verein mit einer solchen Ausschlussordnung beitrete und später davon betroffen werde^{4,5}. Diese Argumentation lässt aber völlig ausser acht, dass der Ausschluss ohne Grundangabe nachträglich auf dem Wege der Statutenänderung eingeführt werden kann⁶.

1: Daeniker 134.

2: Dazu Seite 166.

3: Daeniker 124. Insbesondere ist ein Ausschluss ohne Grundangabe aus der Genossenschaft unzulässig (Forstmoser N 13 zu Art. 846 OR und dortige Hinweise).

4: Huber, Erläuterungen 90; StenBull NR 1905 482.

5: Aehnlich lautet die Begründung von Rossel/Mentha, Nr. 242 S. 160, wonach jeder selbst entscheiden müsse, ob er einem solchen Verein beitreten wolle.

6: Daeniker 124 Anm. 34; von Tuhr 545.

b. Formulierung in den Statuten

Egger¹ meint, die Statuten müssten den Ausschluss ohne Grundangabe nicht ausdrücklich vorsehen, "wenn nur der Leser der Statuten über diese Tragweite ihrer Ausschlussbestimmung" im klaren sein müsse, "etwa: der Ausschluss erfolge, wenn ein Mitglied einen begründeten Antrag stelle und dieser die Zustimmung von" drei Vierteln der Mitglieder finde. Aus diesem Beispiel geht aber gerade nicht eindeutig hervor, dass der Ausschluss keine Grundangabe erfordert.

Gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB ist der Ausschluss bei fehlender Statutenbestimmung nur durch Vereinsbeschluss und aus wichtigen Gründen zulässig. Die Statuten können aber gemäss Art. 72 Abs. 1 ZGB auch Gründe vorsehen oder den Ausschluss ohne Grundangabe erlauben. Unabhängig davon, ob andere als wichtige Gründe zugelassen werden, kann die Zuständigkeit eines anderen Organs als der Vereinsversammlung bestimmt werden. Es kann zudem ein qualifiziertes Mehr verlangt werden². Die Fragen der Gründe, der Zuständigkeit und des Mehrs sind scharf zu unterscheiden.

Aus der von Egger zitierten Statutenbestimmung ist m. E. zu schliessen, dass dem Ausschlussbeschluss drei Viertel aller Mitglieder zustimmen müssen. Somit handelt es sich dabei um eine Erschwerung des gemäss Art. 67 Abs. 2 ZGB erforderlichen Mehrs. Ueber Ausschlussgründe enthält die Statutenbestimmung aber nichts. Mindestens ergibt sich dies nicht klar und unmissverständlich. In einem solchen Falle kann nach dem Vertrauensprinzip, nach dem auch Statuten auszulegen sind³, nicht geschlossen werden, dass der Ausschluss ohne Grundangabe zulässig ist. Vernünftigerweise kann der Statutenbestimmung vielmehr nur der Sinn beigemessen werden, dass für die Ausschlussung eines Mitglied eine Mehrheit

1: Egger N 5 zu Art. 72 ZGB.

2: Vgl. zur Begründung Seite 88.

3: BGE 87 II 95: "Die Statuten einer privatrechtlichen Körperschaft sind wie vertragliche Willenserklärungen...nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Massgebend ist der Sinn, den die Mitglieder ihnen nach Treu und Glauben beimessen dürfen."

von drei Vierteln aller Vereinsangehörigen zustimmen muss. Zudem muss ein begründeter Antrag gestellt werden. Schon dies stellt aber ein gewichtiges Indiz gegen die Möglichkeit des Ausschlusses ohne Grundangabe dar.

Die Statuten dürfen keinen Zweifel daran lassen, dass der Ausschluss ohne Grundangabe zulässig ist. Sonst fehlt es an der statutarischen Grundlage für diese Massnahme. Etwas anderes ist bei der Bedeutung dieser Sanktion gar nicht vertretbar. Im Ergebnis ist deshalb stets eine ausdrückliche Statutenbestimmung erforderlich.

C. Dispositives gesetzliches Recht

1. Rechtliche Natur von Art. 72 Abs. 3 ZGB

Art. 72 Abs. 3 ZGB lautet: "Enthalten die Statuten hierüber keine Bestimmung, so darf die Ausschliessung nur durch Vereinsbeschluss und aus wichtigen Gründen erfolgen." Die Absätze 1 und 2 von Art. 72 ZGB handeln von der Ausschliessung und deren Anfechtung. Aus dem Zusammenhang ergibt sich somit, dass sich Art. 72 Abs. 3 ZGB auf den Ausschluss bezieht. Dieser darf bei fehlender Statutenbestimmung nur aus wichtigen Gründen erfolgen^{1,2}.

Art. 72 Abs. 3 ZGB ist in dem Sinne zwingendes Recht, als der Verein statutarisch nicht zum voraus darauf verzichten kann, ein Mitglied aus wichtigen Gründen auszuschliessen³. Eine andere Frage ist, ob im Anwendungsfall auf die Ausübung dieses Rechts verzichtet werden kann⁴.

Im übrigen ist Art. 72 Abs. 3 eine dispositive Gesetzesbestimmung. Dies ergibt sich aus deren klarem Wortlaut.

1: Daeniker 127; Egger N 6 zu Art. 72 ZGB; Hafer N 9 zu Art. 72 ZGB; Heini 554; Rossel/Mentha Nr. 243 S. 161; Weiss II Nr. 872 zu Art. 72 ZGB.

BGE 51 II 241; Semjud 58 542 (=SJZ 33 170); SJZ 43 329.

2: Ueber die Frage der Zuständigkeit vgl. Seite 77 ff..

3: Vgl. Seite 45 ff..

4: Vgl. Seite 109 f..

2. Begriff des wichtigen Grundes

a. Im allgemeinen

Gemäss Art. 4 ZGB hat der Richter seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen, wenn ihn das Gesetz auf sein Ermessen, auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist. Der Begriff "Recht und Billigkeit", ein sogenanntes Hendiadyoin, bezeichnet nach herrschender Lehre "billiges Recht"¹. Nach billigem Recht zu urteilen bedeutet, eine dem Einzelfall möglichst angemessene Entscheidung unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände des Falles zu treffen². Die Entscheidung wird anhand von Einzelfällen, also mit einer kasuistischen Methode, gefunden³. Die Billigkeitsentscheidung gemäss Art. 4 ZGB hat auf die Interessen der Rechtssicherheit keine Rücksicht zu nehmen. Sie muss nur den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles am besten angepasst sein⁴.

Demgegenüber hat der Richter bei der Lückenfüllung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB mit legislatorischer Methode vorzugehen, also eine Regel aufzustellen. Er muss schematisieren, formalisieren und normieren⁵.

Einschränkend ist aber sogleich beizufügen, dass sich Billigkeitsentscheidung und Findung von Regelrecht angleichen, indem die Regelbildung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB sehr speziell ausfallen kann⁶ und der Entscheidung gemäss Art. 4 ZGB die Tendenz zur Regelbildung innewohnt⁷. Methodisch hat der Richter im Falle von Art. 4 ZGB derart vorzugehen, dass er alle erheblichen Umstände

1: Meier-Hayoz N 11 zu Art. 4 ZGB.

2: Meier-Hayoz N 12 zu Art. 4 ZGB.

3: Meier-Hayoz N 13 zu Art. 4 ZGB.

4: Meier-Hayoz N 18 zu Art. 4 ZGB.

5: Meier-Hayoz N 18 zu Art. 4 ZGB.

6: Meier-Hayoz N 20 zu Art. 4 ZGB.

7: Meier-Hayoz N 21 zu Art. 4 ZGB.

des Einzelfalles berücksichtigt¹ und dabei die konkreten und individuellen Interessen des Einzelfalles gegeneinander abwägt².

b. Anwendungsfälle

Da der Begriff des wichtigen Grundes nach kasuistischer Methode gefunden werden muss, sollen im folgenden die Regeln dargestellt werden, die für die Beendigung der Dauerverträge des OR und den Ausschluss aus den Gesellschaften des schweizerischen Rechts aus wichtigen Gründen gelten³.

aa. Dauerverträge des OR

Der wichtige Grund ist in der Regel ein ausserordentlicher Beendigungsgrund für die Dauerverträge des OR⁴. Für die Darstellung der Einzelheiten kann auf die Dissertation von Gauch verwiesen werden. Dieser hat gezeigt, dass die ausserordentliche Beendigung der Dauerverträge aus wichtigen Gründen eigentlich die Folge der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist. Ob diese vorliegt, ist unter Abwägung der beidseitigen Parteiinteressen zu ermitteln⁶.

bb. Gesellschaftsrecht

aaa. Einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Von Gesetzes wegen gibt es keinen Ausschluss aus der einfachen Gesellschaft⁷. Vertraglich kann aber vorgesehen werden, dass ein

1: Meier-Hayoz N 46 zu Art. 4 ZGB.

2: Meier-Hayoz N 47 zu Art. 4 ZGB.

3: Der Umstand, dass der Begriff des wichtigen Grundes nach kasuistischer Methode gefunden werden muss, rechtfertigt in diesem Fall eine Abweichung vom vorne (S. 11) aufgestellten Grundsatz, wonach im allgemeinen nur auf die Verhältnisse im Genossenschaftsrecht hingewiesen wird.

4: Gauch 173 ff..

5: Vgl. die im Literaturverzeichnis angeführte Arbeit von Gauch.

6: Gauch 199.

7: BGE 94 II 119. Bollmann 21 Anm. 1; W. von Steiger 414 f..

Gesellschafter aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden kann^{1,2}.

Im Gesetz vorgesehen ist dagegen der Ausschluss aus der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft aus wichtigen Gründen (Art. 577 und 598 Abs. 2 OR).

Ein wichtiger Grund für den Ausschluss aus der Kommanditgesellschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, "wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so dass die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der bei Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich oder wesentlich erschwert oder gefährdet wird"³. Diese Umschreibung wird von der herrschenden Lehre auch für die einfache Gesellschaft⁴ und die Kollektivgesellschaft⁵ verwendet.

Als Beispiele wichtiger Gründe führt das Bundesgericht namentlich die Vertragsverletzung, Pflichtuntreue, ein derart feindseliges Verhältnis, dass an ein gedeihliches Zusammenwirken derselben nicht mehr gedacht werden kann⁶ und eine Erschütterung des Vertrauens durch eine fortgesetzte Täuschung der Mitgesellschafter⁷ an.

bbb. Aktiengesellschaft

Im Unterschied zu allen anderen Gesellschaften des schweizerischen Rechts ist ein Ausschluss aus der Aktiengesellschaft

-
- 1: BGE 94 II 119. Siegwart N 44 zu Art. 545/7 OR; W. von Steiger 558. Der Ausschluss erfolgt durch richterliches Urteil.
 - 2: Von einem Teil der Lehre wird die Meinung vertreten, der Ausschluss aus der einfachen Gesellschaft sowie der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft könne durch Gesellschafterbeschluss anstelle des richterlichen Entscheids erfolgen (Siegwart N 45 zu Art. 545/7 und N 5 zu Art. 577 OR; Funk N 2 zu Art. 577 OR; W. von Steiger 559).
 - 3: BGE 30 II 462.
 - 4: Siegwart N 29 zu Art. 545/7 OR.
 - 5: W. von Steiger 558.
 - 6: BGE 30 II 462.
 - 7: BGE 30 II 464.

nicht schlechthin aus wichtigen Gründen zulässig¹. Ein Ausschluss ist vielmehr nur wegen der Verletzung der Pflicht zur Liberierung der Aktien gemäss Art. 681 f. OR möglich². Darin liegt der einzige wichtige Grund, der eine Ausschliessung aus der Aktiengesellschaft rechtfertigt. Dies entspricht deren Natur als einer reinen Kapitalgesellschaft, welche die persönlichen Verhältnisse der Mitglieder nicht berücksichtigt, und abgesehen von der Beitragspflicht auf persönliche Leistungen verzichtet. Somit ist insbesondere kein Ausschluss aus persönlichen Gründen möglich³.

ccc. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine teils kapital-, teils personenbezogen aufgebaute Mischform⁴. Das kapitalbezogene Element zeigt sich im Bereiche des Ausschlusses darin, dass gemäss Art. 799 ff. OR ein Kaduzierungsverfahren vorgesehen ist. Dadurch kann ein Gesellschafter ausgeschlossen werden, der den Betrag auf seine Stammeinlage nicht erbringt⁵. Auch dies stellt aber einen wichtigen Grund dar. Gemäss Art. 802 Abs. 1 OR haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nämlich solidarisch bis zu der Höhe des eingetragenen Stammkapitals. Sie werden von dieser Haftung nur in dem Masse befreit, als das Stammkapital einbezahlt worden ist (Art. 802 Abs. 2 OR). Haben alle Gesellschafter ihre Stammeinlage erbracht, so tritt keine persönliche Haftung ein. Für die nicht einbezahlten Beträge der Stammeinlage haftet aber jeder Gesellschafter vollumfänglich, unabhängig davon, ob er selber seiner Einzahlungspflicht nachgekommen ist und unabhängig von der Höhe seiner Stammeinlage⁶. In der Nichtbezahlung der Stammeinlage liegt somit eine grosse Gefahr für die übrigen Gesellschafter, was das Weiterbestehen der Mitgliedschaft des Säumigen unzumutbar macht.

1: W. von Steiger 415.

2: Meier-Hayoz/Forstmoser 273. Dies ist das sogenannte Kaduzierungsverfahren.

3: Weiss, SJZ 39 530.

4: Meier-Hayoz/Forstmoser 296 f..

5: Meier-Hayoz/Forstmoser 305.

6: Meier-Hayoz/Forstmoser 300.

Das personenbezogene Element der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zeigt sich u. a. daran, dass ein Mitglied gemäss Art. 822 Abs. 3 OR aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden kann. Dabei muss die Mehrheit aller Gesellschafter (personenbezogenes Element), die zugleich die Mehrheit des Stammkapitals zu vertreten hat (kapitalbezogenes Element), zustimmen. Die Statuten dürfen die gesetzlichen Erfordernisse nicht erleichtern¹. Ein wichtiger Grund liegt darin, dass die Fortsetzung der Mitgliedschaft vom Standpunkt der Gesellschaft aus betrachtet unzumutbar geworden ist². Er kann in der Person oder im Verhalten des auszuschliessenden Mitglieds liegen³.

dddd. Genossenschaft

Auch im Genossenschaftsrecht ist ein Ausschluss aus wichtigem Grund gemäss Art. 846 Abs. 2 OR vorgesehen. Dieser liegt in einem Umstand, der den Weiterbestand der Mitgliedschaft für die Genossenschaft⁴ unzumutbar macht⁵. Als Beispiel wird etwa die krasse Verletzung von Mitgliedschaftspflichten genannt⁶.

eeee. Austritt aus dem Verein aus wichtigen Gründen

Dem Ausschluss aus wichtigen Gründen entspricht der sofortige Austritt aus wichtigen Gründen⁷. Deshalb liegt es nahe, die dafür entwickelten Regeln heranzuziehen. Wichtige Gründe, die den sofortigen Austritt gestatten, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Umstände, "die es den Mitgliedern in Rücksicht auf ihre persönlichen Verhältnisse - wobei auch die wirtschaftliche Persönlichkeit zu berücksichtigen ist - nicht mehr zumu-

1: Janggen/Becker N 6 zu Art. 822 OR.

2: W. von Steiger N 16 zu Art. 822 OR.

3: W. von Steiger N 16 zu Art. 822 OR.

4: Forstmoser N 18 zu Art. 846 OR. Im Gegensatz dazu können die Statuten auch Ausschlussgründe nennen, die bloss die Interessen der anderen Mitglieder schädigen (a. a. O. N 12 zu Art. 846 OR).

5: Forstmoser N 16 zu Art. 846 OR; Gerwig 259; Hensel 139; ähnlich Gutzwiller N 12 zu Art. 846 OR.

6: Forstmoser N 17 zu Art. 846 OR.

7: Vgl. Seite 30 f..

ten lassen, dem Verein wenigstens bis zum Ablauf der ordentlichen Austrittsfrist anzugehören"¹.

Im zitierten Entscheid erkannte das Bundesgericht, dass "die blosse Fassung statutenwidriger Vereinsbeschlüsse an sich keinen wichtigen Grund zum sofortigen Austritt bildet"². Statutenwidrige Beschlüsse könnten nämlich gemäss Art. 75 ZGB angefochten werden. Eine Ausnahme müsste nur gemacht werden, wenn dem Mitglied ein längeres Verbleiben im Verein in Ansehung seiner Persönlichkeitsrechte nicht mehr zumutbar wäre.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Austritts aus wichtigen Gründen ist zu berücksichtigen, dass es dem Mitglied freisteht, in der Frist von Art. 70 Abs. 2 ZGB oder einer kürzeren statutarischen Frist auszutreten. Entsprechend hoch müssen die Anforderungen an die Unzumutbarkeit sein, dem Verein auch nur während der Austrittsfrist anzugehören.

Zudem unterscheidet sich die Betrachtungsweise für den Austritt insofern vom Ausschluss, als das weitere Verbleiben eines Mitglieds im ersten Fall vom Mitglied, im zweiten dagegen vom Verein aus gesehen unzumutbar geworden ist. Im übrigen ergibt sich durch die Untersuchung des Austritts kein neuer Gesichtspunkt, der nicht schon bei der Darstellung der Dauerschuldverhältnisse und der Gesellschaften aufgetreten wäre.

c. Ergebnis

Der wichtige Grund ist in der Regel ein ausserordentlicher Beendigungsgrund für Dauerverträge.

Alle (zumindest teilweise) personenbezogenen Gesellschaften kennen einen Ausschluss aus wichtigen Gründen. Dessen Kriterium liegt, wie bei der Beendigung von Dauerverträgen, in der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Rechtsverhältnisses. Bei den Rechtsgemeinschaften muss die Unzumutbarkeit aus dem Blickwinkel der Mitgesellschafter, bei den Körperschaften dagegen aus demjenigen der juristischen Person beurteilt werden.

1: BGE 71 II 197.

2: BGE 71 II 198.

Das bei der Aktiengesellschaft (und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung) vorgesehene Kaduzierungsverfahren zeigt, dass diese kapitalbezogen aufgebaut ist. Deshalb gibt es keinen Ausschluss aus wichtigen persönlichen Gründen. Nur die Nichtbezahlung der Aktienbeiträge macht einen Gesellschafter für die Gesellschaft unzumutbar. Dies ergibt sich daraus, dass das Grundkapital, die Haftungsbasis¹, nicht vollumfänglich einbezahlt ist. Somit ist ein Ausschluss auch aus der Aktiengesellschaft möglich, aber aus wichtigem sachlichem Grunde.

3. Begriff des wichtigen Grundes beim Ausschluss aus dem Verein

Anhand der bisher gewonnenen Ergebnisse lässt sich eine Begriffsbestimmung des wichtigen Grundes für den Ausschluss aus dem Verein versuchen.

a. Begriff

aa. Unzumutbarkeit

Wie bei der Auflösung eines Dauervertrages und dem Ausschluss aus den anderen Gesellschaften liegt der wichtige Grund als Voraussetzung der Ausschliessung aus dem Verein in der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Rechtsverhältnisses. Diese muss vom Verein aus bestehen². "Ein Handeln wider die Interessen Einzelner oder sogar der Mehrheit der Genossenschafter kann keinen Ausschlussgrund bilden, wenn nicht gleichzeitig die Interessen der Genossenschaft als solcher wesentlich beeinträchtigt werden."³.

Was hier für die Genossenschaft festgestellt wurde, gilt auch für den Verein. Dessen Zweck und Charakter müssen bei der Beurteilung des wichtigen Grundes stets berücksichtigt werden⁴.

Dass nicht die Interessen der einzelnen Mitglieder massgebend sind, ergibt sich daraus, dass der Verein eine juristische Person ist, bei der sich die Mitglieder zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes zusammenschliessen. Folglich muss auch für die Auflösung der Gemeinschaft der Zweck entscheidend sein, zu dessen Verfolgung man sich zusammengeschlossen hat.

1: Meier-Hayoz/Forstmoser 271.

2: Egger N 6 zu Art. 72 ZGB.

3: ZR 71 103.

4: Egger N 6 zu Art. 72 ZGB.

Die Unzumutbarkeit ist durch Abwägung der Interessen des Mitglieds und der Gemeinschaft zu ermitteln. Dabei ist vom gesetzlichen Typus des Vereins als personenbezogener Organisation auszugehen, die auf die Persönlichkeit des Mitglieds, dessen besondere Fähigkeiten und Interessen und nicht auf eine Kapitalbeteiligung zugeschnitten ist¹.

bb. Entscheid für den Einzelfall gemäss Art. 4 ZGB

Schon aus der Tatsache, dass ein Entscheid für den Einzelfall getroffen werden muss, ergibt sich notwendigerweise, dass es keinen für alle Vereine absolut geltenden wichtigen Grund geben kann². Somit können die im folgenden angeführten Beispiele nicht unesehen übernommen und auf jeden Einzelfall übertragen werden. Was in einem Falle einen wichtigen Grund darstellen kann, braucht dies in einem anderen noch lange nicht zu sein^{3,4}. So können bei grossen Vereinen, bei welchen die persönliche Bindung des Mitglieds nicht besonders ausgeprägt ist, die persönlichen Eigenschaften des Mitglieds gegenüber der finanziellen Beitragspflicht zurücktreten.

b. Beispiele

Weitgehend für alle Vereine als wichtiger Grund anwendbar ist die Gefährdung des Vereinszwecks bzw. die Vereitelung der Bestrebungen des Vereins⁵, aber auch die Verletzung sonstiger Pflichten⁶, wie die Unterlassung einer wirksamen Förderung des Vereinszwecks⁷ und die Verletzung ökonomischer und anderer Leistungspflichten⁸.

1: Meier-Hayoz/Forstmoser 335.

2: So zutreffend Daeniker 127.

3: Für das Genossenschaftsrecht: Forstmoser N 17 zu Art. 846 OR.

4: Egger N 6 zu Art. 72 ZGB.

5: Egger N 6 zu Art. 72 ZGB.

6: Egger a. a. O.; Pozzy 48 f..

7: Pozzy 49.

8: Pozzy 49.

Diese allgemeingefassten Gründe gewinnen erst bei Berücksichtigung eines bestimmten Vereins sowie dessen Zweck und Charakter Gestalt. Was "eine Vereitelung des Vereinszwecks" ist, kann erst bestimmt werden, wenn dieser Zweck bekannt ist.

Nur aus dem besonderen Charakter einer streng religiösen Vereinigung ergibt sich, dass eine Lebensführung, die den religiösen Grundsätzen des Vereins widerspricht¹, ein wichtiger Grund sein kann. Schlechtes Singen kann bestenfalls für einen Gesangsverein einen wichtigen Grund darstellen². Auch ob beispielsweise eine fruchtlose Pfändung den Anforderungen von Art. 72 Abs. 3 ZGB genügt, kann nur bei Berücksichtigung des einzelnen Vereins entschieden werden.

III. Rechtfertigung der Ausschlussregelung von Art. 72 ZGB

Nachdem Art. 72 Abs. 1 ZGB den Ausschluss aus statutarischen Gründen und sogar ohne Grundangabe zulässt, müssten an sich über deren Zulässigkeit keine Worte mehr verloren werden. Gleichwohl ist es interessant, sich die Frage zu stellen, ob ein Ausschluss aus statutarischen Gründen oder ohne Grundangabe ohne die gesetzliche Grundlage in Art. 72 Abs. 1 ZGB zulässig wäre. Diese Frage drängt sich geradezu auf, nachdem das Genossenschaftsrecht, das die dem Verein ähnlichste Ausschlussregelung kennt, den Ausschluss ohne Grundangabe verbietet³. Selbst statutarische Gründe müssen irgendeinen Bezug zur genossenschaftlichen Tätigkeit aufweisen⁴.

Zur Beantwortung der gestellten Frage sind wiederum die Kriterien heranzuziehen, anhand derer die Zulässigkeit des Ausschlusses geprüft wurde. Dabei ist von den Gründen auszugehen, die für dessen Zulässigkeit sprachen.

1: Vgl. das Beispiel in BGE 44 II 77 ff. (vorne Seite 49 ff.).

2: Rossel/Mentha Nr. 243 S. 161.

3: Forstmoser N 13 zu Art. 846 OR.

4: Forstmoser N 10 zu Art. 846 OR; a. M. Gutzwiller N 5 und 12 zu Art. 846 OR.

A. Schutz des Persönlichkeitsrechts des Vereins

Das Verbot der Dauerbindung bedingt die Möglichkeit, einen Ausschluss aus wichtigen Gründen vorzunehmen. Dies entspricht der Regel, wonach der wichtige Grund ein ausserordentlicher Beendigungsgrund für Dauerverträge ist¹. Kriterium des wichtigen Grundes ist die Unzumutbarkeit². Was unzumutbar ist, verträgt sich mit dem Persönlichkeitsrecht nicht mehr.

Der Schutz der Persönlichkeit erfordert aber keine anderen als wichtige Ausschlussgründe, da diese durch unwichtige Gründe nicht erheblich verletzt werden kann.

B. Schutz des Vereinszwecks

Der Schutz des Vereinszwecks bedingt Ausschlussgründe, die denjenigen mit dem Ausschluss bedrohen, der sich zum Vereinszweck in Widerspruch setzt. Der Zweck ist neben den schriftlichen Statuten das konstituierende Element des Vereins, ohne den dieser das Persönlichkeitsrecht nicht erlangt³. Daraus ergibt sich, dass jedes Verhalten, das sich zum Vereinszweck in Widerspruch setzt, einen wichtigen Grund darstellt. Zweckwidriges Verhalten bedroht nämlich geradezu das Fundament des Vereins. Andererseits bedingt der Schutz des Vereinszwecks keine weniger schwerwiegenden als wichtige Gründe.

C. Vereinsautonomie

Dass sich auch aus der Vereinsautonomie die Befugnis ergibt, wichtige Gründe als Voraussetzungen des Ausschlusses vorzusehen, bedarf keiner näheren Begründung. Andernfalls wäre die Zulässigkeit des Ausschlusses illusorisch. Es ist nicht ersichtlich, welche Gründe sonst einen Ausschluss rechtfertigen könnten.

1: Gauch 177 ff.

2: Seite 64.

3: Tuor/Schnyder 118.

Andererseits ist höchst zweifelhaft, welche Ausschlussregelung sich alleine durch die Vereinsautonomie begründen liesse. Insbesondere müsste die Frage durch eine Abwägung gegenüber dem Persönlichkeitsrecht des Mitglieds beantwortet werden. Der Schutz der Mitgliedschaft und die Tatsache, dass der Betroffene ein Teil des ausschliessenden Partners ist, können nicht gegen die Zulässigkeit einer freien Ausschlussregelung angeführt werden. Beide Umstände bestehen nämlich nur im Rahmen der Statuten. Insbesondere besteht die Mitgliedschaft nur in den Grenzen der statutarischen Vorschriften.

Somit sind Vereinsautonomie und Schutz der Persönlichkeit des Mitglieds gegeneinander abzuwägen. Nachdem die Zulässigkeit des Ausschlusses aus wichtigen Gründen ausser Zweifel steht, soll vorerst diejenige des Ausschlusses ohne Grundangabe geprüft werden. Dabei wird die Spannweite der möglichen Ausschlussregelungen gewissermassen am äussersten Ende untersucht. Je nach der Beantwortung der Frage lassen sich möglicherweise Rückschlüsse auf den Ausschluss aus statutarischen Gründen ziehen.

1. Abwägung von Vereinsautonomie und Persönlichkeitsschutz

Rein logisch ergibt sich aus der Normsetzungsbefugnis auch die Zulässigkeit des Ausschlusses ohne Grundangabe. Die Normsetzungsbefugnis enthält schon begrifflich keine Beschränkung bezüglich des Inhalts der möglichen Normen.

Allerdings gilt die Vereinsautonomie nur im Rahmen des Gesetzesrechts (Art. 63 Abs. 2 ZGB). Insbesondere findet die Vereinsautonomie ihre Schranken am Persönlichkeitsrecht des Mitglieds.

Mit Zustimmung zu den Statuten willigt das Mitglied darin ein, dass diese angewendet und es selber durch deren Anwendung betroffen werden kann. Mithin willigt es auch in den Ausschluss und damit letztlich in eine allfällige Verletzung des Persönlichkeitsrechts ein. Gegen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts, in die man eingewilligt hat, gewährt aber Art. 27 Abs. 2 ZGB Schutz¹.

1: Künzler 31.

Somit muss geprüft werden, ob die Einwilligung zu einer Statutenbestimmung, die den Ausschluss ohne Grundangabe vorsieht, vor Art. 27 Abs. 2 ZGB standhält oder eine übermässige Beschränkung oder gar eine Entäusserung der Freiheit darstellt¹.

Es dürfte wohl nicht zu bestreiten sein, dass der Bestand der Mitgliedschaft in einem Verein, der den Ausschluss ohne Grundangabe vorsieht, alleine von der Mehrheit der Vereinsmitglieder abhängt. Sieht nämlich ein Verein bestimmte Ausschlussgründe vor oder ist die Ausstossung nur aus wichtigen Gründen zulässig, so hat es jedes Mitglied in der Hand, sich so zu verhalten, dass es nicht ausgeschlossen werden kann. Dies ist nicht mehr möglich, sobald der Ausschluss nicht mehr begründet werden muss.

Schon die Tatsache, dass man sich gewissermassen der Willkür anderer unterwirft, ist stossend. Andererseits ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung² eine vertraglich eingegangene, vermögensrechtliche Verpflichtung nur übermässig und widerspricht Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn die wirtschaftliche Existenz des Betroffenen gefährdet ist, indem er sich unabschätzbaren Risiken aussetzt oder der Mittel für seine Existenz verlustig geht. Dass eine Verpflichtung die Geldmittel des Schuldners übersteigt³ oder von langer Dauer ist⁴, genügt nicht.

Im Lichte dieser Rechtsprechung widerspricht die Zustimmung zu einer Statutenbestimmung, die den Ausschluss ohne Grundangabe vorsieht, Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht schlechthin. Es hängt nämlich davon ab, mit welcher Intensität die Persönlichkeit des Mitglieds davon betroffen wird.

Der Gesetzgeber ging - wie schon der Wortlaut von Art. 60 Abs. 1 ZGB zeigt - davon aus, dass Vereine ideale Zwecke

1: In Deutschland, wo das BGB den Ausschluss nicht regelt, hält der überwiegende Teil der Lehre den Ausschluss ohne Grundangabe für gerechtfertigt. Vgl. die Hinweise bei Flume 120 N 72; Meyer-Cording 82. A.M. ist Flume selbst, vgl. S. 120.

2: BGE 51 II 273; 69 II 286; 84 II 366.

3: BGE 84 II 22, 276, 628; 85 II 402.

4: BGE 40 II 253; 51 II 168; 56 II 189; 71 II 165.

verfolgen müssen. So konnte Eugen Huber mit vollem Recht ausführen: "Die Gebundenheit an den Verein ... tritt ... gegenüber der persönlichen Existenz des Mitgliedes in den Hintergrund. Zwar kann allerdings die Leistung des Vereins als Ganzes durch die Leistung der einzelnen Mitglieder an sich nicht ersetzt werden. Der Chorgesang verlangt nach einer gemeinsamen Betätigung. Allein für den Einzelnen bedeutet der gemeinsame Gesang doch nur eines der Mittel, womit er seine Individualexistenz zu pflegen und zu hegen vermag"¹. Dem ist zuzustimmen. Heute kann allerdings das Vereinsrecht nicht nur an Beispielen von Gesangs-, Turn- oder Taubenzüchtervereinen erläutert werden², weil die Vereine längst handfestere Interessen vertreten dürfen. Dies führt zur Frage nach den Zwecken, die ein Verein verfolgen darf.

2. Vereinszweck

a. Zielsetzung des Gesetzgebers

Die Frage, welche Zwecke in Vereinsform verfolgt werden dürfen, ist das im Vereinsrecht wohl am häufigsten untersuchte Problem³. Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach sich Vereine einer "nicht wirtschaftlichen" Aufgabe widmen müssen (Art. 60 Abs. 1 ZGB), ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine Organisationsform zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher, sogenannter "idealer" Zwecke zur Verfügung stellen wollte⁴.

Von einem wirtschaftlichen Zweck wird dann gesprochen, wenn eine Gesellschaft einen ökonomischen Vorteil zugunsten ihrer Mitglieder erstrebt⁵. Demgegenüber liegt eine ideale Zwecksetzung vor, wenn keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgt oder die wirtschaftliche Besserstellung Dritter bezweckt wird⁶.

1: Huber, Eintritt 16.

2: Meyer-Cording, NJW 225.

3: Hinweise bei Heini 523 ff. und Meier-Hayoz/Forstmoser 103 ff.; 337 f..

4: Meier-Hayoz/Forstmoser 334.

5: Meier-Hayoz/Forstmoser 100.

6: Meier-Hayoz/Forstmoser 106.

Der Begriff des kaufmännischen Unternehmens hat dagegen nichts mit wirtschaftlichem Zweck zu tun¹. Ein kaufmännisches Unternehmen ist ein "Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe" (Art. 934 Abs. 1 OR). Aus Art. 61 Abs. 2 ergibt sich, dass der Verein ein kaufmännisches Unternehmen führen darf.

b. Ausgestaltung durch die Rechtsprechung

Schon früh stellte sich die Frage, ob sich Berufs- und Wirtschaftsverbände der Rechtsform des Vereins bedienen dürften. Anfänglich² verwies das Bundesgericht Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zwecksetzung in das Genossenschaftsrecht. Mit einem Entscheid vom 5. Dezember 1934³ änderte das Bundesgericht seine Praxis und entschied, dass Wirtschaftsverbände ihrer ökonomischen Zielsetzung zugunsten der Mitglieder auch in Vereinsform nachkommen dürften, sofern dies ohne den Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens geschieht⁴.

Mit BGE 88 II 209 ff. kehrte das Bundesgericht wieder zu seiner ursprünglichen Praxis zurück und erkannte, dass sich nur Vereinigungen der Vereinsform bedienen dürften, die einen idealen Zweck verfolgten.

Doch schon mit BGE 90 II 333 ff. erfolgte die bisher letzte Praxisänderung. Danach werden Vereine mit wirtschaftlicher Zwecksetzung zugelassen, die kein kaufmännisches Unternehmen betreiben. Grund dafür ist die Rechtssicherheit, würde es doch zu einer grossen Unsicherheit führen, alle in Vereinsform gekleideten Kartelle als einfache Gesellschaften zu behandeln. Ausserdem soll für Kartelle angeblich keine andere geeignete Rechtsform zur Verfügung stehen⁵.

1: Dazu im einzelnen Meier-Hayoz/Forstmoser 107 ff..

2: BGE 44 II 80.

3: JdT 1935 I 66 ff.; siehe auch BGE 62 II 32 ff.; 76 II 281 ff..

4: "Durch eine Missdeutung des Begriffs des wirtschaftlichen Zwecks wurde damit das gesetzliche Kriterium für die Zulässigkeit von Vereinen vom Zweck auf die Mittel (Geschäftsbetrieb) verlegt" (Meier-Hayoz/Forstmoser 104).

5: Vgl. dagegen die Arbeit von Korach, der die Genossenschaft für eine geeignete Rechtsform für Kartelle hält.

Schliesslich sollen sich Abgrenzungsschwierigkeiten bei gemischter Zielsetzung ergeben.

c. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber den Verein für eine ideale Zwecksetzung schaffen wollte. Dagegen lässt es die Praxis des Bundesgerichts zu, dass sich Wirtschaftsverbände, insbesondere Kartelle, in Vereinsform kleiden. Es kann natürlich keine Rede davon sein, dass diese Vereinigungen ideale Zwecke verfolgen. Vielmehr stehen wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel.

Die bundesgerichtliche Praxis wird in dieser Arbeit keiner kritischen Würdigung unterzogen¹. Sie wird vorausgesetzt.

3. Folgerungen

a. Ideale Vereine

Bei idealen Vereinen dürfte in der Regel keine derart intensive Bindung eingegangen werden, dass durch den Ausschluss ein wesentlicher Teil der Existenz des Betroffenen gefährdet würde. Zwar mag eingewendet werden, auch wer aus einem Taubenzüchterverein ausgeschlossen worden sei, werde so bald von keiner ähnlichen Vereinigung aufgenommen werden. Dies kann nicht bestritten werden. Entscheidend ist jedoch, dass die Existenz des Betroffenen nicht übermässig gefährdet wird. Somit wäre der Ausschluss ohne Grundangabe allein gestützt auf die Vereinsautonomie zulässig. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass auch statuarische Ausschlussgründe jeder Art zulässig wären.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber für den Typus des idealen Vereins eine sachlich angemessene Lösung getroffen hat.

b. "Wirtschaftliche" Vereine

aa. Regel

Sobald Vereine für ihre Mitglieder existentielle Bedeutung haben, wie dies für viele Vereine mit wirtschaftlichen Zwecken wohl zu-

1: Vgl. die Kritik bei Heini 525 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser 103 ff., 337 ff..

trifft, dürfte die Zustimmung zu einer Statutenbestimmung, die den Ausschluss ohne Angabe des Grundes erlaubt, vor Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht standhalten. Die wirtschaftliche Existenz desjenigen, der die Zugehörigkeit zu einem Verband völlig dem Gutdünken anderer anheimstellt, ist nämlich äusserst gefährdet.

Als Beispiel sei der Fussball-Sport herangezogen. Zwar sind die Verhältnisse in dieser Sportart in der Schweiz noch nicht derart kommerzialisiert wie in Deutschland, wo ein Abstieg aus der höchsten Spielklasse einen Einnahmenverlust von jährlich etwa 2'000'000 DM zur Folge haben kann¹. Gleichwohl hätte der Ausschluss eines Fussballklubs aus der als Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB konstituierten Nationalliga² katastrophale Folgen für den betreffenden Klub. Insbesondere wäre er vom Spielbetrieb ausgeschlossen. Ein Ausschluss ohne Grundangabe wäre sachlich somit nicht mehr vertretbar. Daraus ergibt sich, dass auch die Ausschlussgründe eine gewisse Beziehung zum Vereinszweck aufweisen müssten. Wahrscheinlich müsste eine Regelung getroffen werden, wie sie im Genossenschaftsrecht gilt³.

bb. Konsequenzen

aaa. Art. 27/28 ZGB

Eine generelle Korrektur von Art. 72 ZGB auf Grund von Art. 27/28 ZGB kommt nicht in Frage. Die Art. 27 f. und 72 ZGB stehen im gleichen Erlass. Zudem enthält Art. 72 ZGB keinen dahingehenden Vorbehalt, dass diese Bestimmung nur im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts anwendbar sei. Demzufolge ist der mögliche Konflikt zwischen dem Persönlichkeitsschutz und dem Ausschlussrecht in der Weise gelöst, dass das Ausschlussrecht im allgemeinen vor Art. 27/28 ZGB standhält. Somit sind Statutenbestimmungen, die sich auf Art. 72 ZGB stützen, grundsätzlich zulässig. Eine andere Frage ist jedoch, ob die gestützt auf Art. 72 ZGB

1: Meyer-Cording, NJW 225.

2: Stücheli 16 ff.

3: Seite 49 Anm. 3.

ergangene Ausschlussregelung im Einzelfall nicht dennoch eine unzulässige Beschränkung des Persönlichkeitsrechts darstellt. Dies wäre nicht die Folge der Gesetzesregelung an sich, sondern von deren Anwendung im Einzelfall. Dies ist jedoch Gegenstand einer separater Untersuchung¹.

bbb. Kartellgesetz

Weiter ist für Kartelle eine Einschränkung der Ausschlussregelung auf Grund des Kartellgesetzes denkbar. Dieses datiert vom 20. Dezember 1962 und ist somit jüngeren Datums als das Zivilgesetzbuch. Nach dem Grundsatz, dass das neuere Gesetz das ältere aufhebt (lex posterior derogat legi priori)², muss das Vereinsrecht, insbesondere dessen Ausschlussregelung, vor dem Kartellgesetz weichen. Dies gilt selbst dann, wenn das Kartellgesetz die Ausschlussregelung des Vereins für Kartelle nicht formell als aufgehoben erklärt, aber mit ihr inhaltlich nicht vereinbar ist³. Auch diese Frage wird später untersucht werden⁴.

ccc. Unechte Lücke

An sich wäre es naheliegend, bei einem derart unbefriedigenden Ergebnis eine unechte Lücke anzunehmen. Eine solche liegt vor, "wenn man die nach dem Gesetz zu treffende Entscheidung sachlich beanstandet"⁵. Wo sich der Gesetzgeber offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes gewandelt haben, stellt dessen Anwendung einen Normmissbrauch dar⁶.

Dass die Zulässigkeit des Ausschlusses ohne Grundangabe und desjenigen aus beliebigen statuarischen Normen für wirtschaftliche

1: Seite 197 ff..

2: BGE 96 I 490 E. 4; 96 II 190; Vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 10.A. München 1973, S. 150; Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg, Berlin und Zürich, 1966, S. 149, 308.

3: BGE 96 I 490.

4: Seite 197 ff..

5: Meier-Hayoz N 271 zu Art. 1 ZGB.

6: Meier-Hayoz N 296 zu Art. 1 ZGB.

Vereine völlig unbefriedigend ist, zeigt sich nicht zuletzt schon daran, dass das Genossenschaftsrecht den Ausschluss ohne Grundangabe nicht kennt¹ und bei den statutarischen Gründen eine gewisse Beziehung zur genossenschaftlichen Tätigkeit verlangt². Die vorstehenden Ueberlegungen dürften zudem gezeigt haben, dass die Ausschlussregelung des Vereinsrechts für Wirtschaftsverbände und Kartelle nicht befriedigt. Gleichwohl verbietet sich m.E. eine Korrektur.

Einerseits kann nämlich nicht behauptet werden, dass der Gesetzgeber eine falsche Entscheidung getroffen hat. Im Gegenteil ist das freie Ausschlussrecht eine für den gesetzlichen Typus des idealen Vereins mindestens vertretbare Lösung.

Es kann auch nicht im Ernst behauptet werden, die Verhältnisse hätten sich seit Erlass des Gesetzes gewandelt. Was sich seither gewandelt hat, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Die Verhältnisse in idealen Vereinen aber sind im wesentlichen wohl gleich geblieben. Die Tatsache, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung bewusst Wirtschaftsverbände und Kartelle in Vereinsform gestattet, verbietet die teilweise Nichtanwendung von Vereinsrecht. Man kann nämlich nicht einerseits mit der Rechtssicherheit argumentieren und deshalb Wirtschaftsverbände und Kartelle in Vereinsform zulassen, gleichzeitig aber gewisse Normen des Vereinsrechts nicht anwenden. Gerade die Rechtssicherheit gebietet somit die Anwendung des gesamten Vereinsrechts. Zudem stellt die Rechtssicherheit generell eine Schranke der Gebotsberichtigung unbefriedigenden Rechts dar³. Der Ausweg aus der geschilderten unbefriedigenden Situation kann nur darin liegen, Kartelle und Wirtschaftsverbände in Vereinsform nicht mehr zuzulassen.

1: Forstmoser N 13 zu Art. 846 OR.

2: Forstmoser N 13 zu Art. 846 OR.

3: Meier-Hayoz N 302 und 305 ff. zu Art. 1 ZGB.

§ 3. Die vereinsinterne Ausschliessung

Gemäss Art. 63 Abs. 1 ZGB finden die Vorschriften von Art. 60 ff. ZGB nur Anwendung, soweit die Statuten nichts anderes bestimmen. Davon ausgenommen sind die zwingenden Gesetzesbestimmungen. Somit ergibt sich für die den Verein betreffenden Normen folgende Reihenfolge:

1. zwingendes Recht
2. Statuten und Vereinsbeschlüsse
3. dispositives Recht¹

An sich wäre eine Darstellung der Verfahrensvorschriften nach dieser Unterscheidung denkbar. Sie hätte jedoch zahlreiche Wiederholungen im Text zur Folge, da jede Frage an drei Stellen untersucht werden müsste.

Ausserdem treten nur vereinzelt statutarische Verfahrensvorschriften auf. Somit kommt denjenigen, die sich aus dem dispositiven geschriebenen und ungeschriebenen Gesetzesrecht ergeben, grosse praktische Bedeutung zu.

Aus diesen zwei Gründen wird im folgenden² vom dispositiven Gesetzesrecht ausgegangen. Bei der Behandlung der verschiedenen Fragen wird aber immer untersucht, ob die betreffende Verfahrensvorschrift zwingenden Charakter hat³. Auf statutarische Vorschriften wird nur eingegangen, wo es sich besonders aufdrängt.

1: Tuor/Schnyder 116.

2: Eine Ausnahme gilt für den Anspruch auf rechtliches Gehör.

3: Eine Zusammenfassung der zwingenden Verfahrensbestimmungen findet sich auf Seite 111.

I. Vorbereitung der Entscheidung

A. Zuständigkeit

1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung

Art. 72 Abs. 3 ZGB lautet: "Enthalten die Statuten hierüber keine Bestimmung, so darf die Ausschliessung nur durch Vereinsbeschluss und aus wichtigen Gründen erfolgen."

Abs. 1 handelt von den Ausschlussgründen und Abs. 2 von der Anfechtung der Ausschliessung. Aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass sich das Wort "hierüber" auf die Ausschliessungsgründe bezieht. Der Vereinsbeschluss wird gemäss Art. 66 Abs. 1 ZGB durch die Vereinsversammlung gefasst. Somit handelt Art. 72 Abs. 3 ZGB von zwei verschiedenen Fragen, nämlich von den Ausschlussgründen und der Zuständigkeit zur Vornahme der Ausschliessung. Sofern die Statuten über diese zwei Fragen nichts bestimmen, hat der Ausschluss aus wichtigen Gründen und durch die Vereinsversammlung zu erfolgen. E contrario ergibt sich daraus zweierlei, nämlich einerseits, dass die Statuten andere als wichtige Gründe bestimmen dürfen. Dies steht schon in Art. 72 Abs. 1 ZGB. Andererseits dürfen die Statuten die Zuständigkeit eines anderen Organs als der Vereinsversammlung begründen¹.

1: Daeniker 128 f; Egger N 7 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 3 zu Art. 72 ZGB; Heini 554.

Art. 72 Abs. 3 ZGB wiederholt somit, was schon aus Art. 63 Abs. 1 ZGB geschlossen werden kann, dass die Statuten das Verfahren der Ausschliessung regeln können .

Somit ergeben sich vier mögliche Kombinationen: Die Statuten regeln weder die Ausschlussgründe noch die Zuständigkeit . In diesem Falle hat der Ausschluss - aus wichtigen Gründen - durch die Vereinsversammlung zu erfolgen¹. Die Statuten können gemäss Art. 72 Abs. 1 ZGB den Ausschluss ohne Grundangabe vorsehen oder Ausschlussgründe nennen, sich über die Zuständigkeit aber ausschweigen. Dies begründet die Zuständigkeit der Vereinsversammlung, da vom Recht der Regelung des Ausschlussverfahrens kein Gebrauch gemacht wurde. Weiter können sich die Statuten darauf beschränken, die Zuständigkeit eines anderen Organs als der Vereinsversammlung zu begründen. Dann darf der Ausschluss von diesem Organ, aber bloss aus wichtigen Gründen vorgenommen werden, da der Verein keinen Gebrauch von der Möglichkeit des Art. 72 Abs. 1 ZGB gemacht hat. Schliesslich können die Statuten sowohl Ausschlussgründe wie auch die Zuständigkeit eines anderen Organs als der Vereinsversammlung bestimmen. So kann der Vorstand für zuständig erklärt werden, den Ausschluss ohne Grundangabe vorzunehmen.

Zusammengefasst ergibt sich kraft dispositiven Gesetzesrechts die Zuständigkeit der Vereinsversammlung. Umgekehrt bedeutet dies, dass diese durch eine entsprechende Statutenbestimmung ausgeschaltet werden kann.

2. Zuständigkeit eines anderen Vereinsorgans

Gemäss Art. 846 Abs. 3 Satz 2 OR können die Statuten der Genossenschaft die Verwaltung als zuständiges Organ zum Ausschluss

1: BGE 51 II 242; Curti-Forrer N 4 zu Art. 72 ZGB; Daeniker 128 f.; Egger N 7 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 8 zu Art. 72 ZGB; Heini 554; Rossel/Mentha Nr. 241 S. 160; Semjud 58 54 = SJZ 33 Nr. 115.

bestimmen. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann neben der Generalversammlung nur die Verwaltung als zuständig erklärt werden¹. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, während im Vereinsrecht eine entsprechende Bestimmung fehlt. Sowohl aus Art. 63 Abs. 1 wie auch aus Art. 72 Abs. 3 ZGB ergibt sich vielmehr, dass die Frage der Zuständigkeit statutarisch freigeregelt werden kann. Aus diesem Grunde darf die Zuständigkeit eines beliebigen Vereinsorgans statutarisch begründet werden.

3. Zuständigkeit Dritter

Fraglich ist allerdings, ob statutarisch die Zuständigkeit Dritter begründet werden kann, die nicht dem Verein angehören. Nach dem Grundsatz der Vereinsautonomie können die Vereine ihre Organisation frei regeln. Vorbehalten bleibt aber gemäss Art. 63 Abs 2 ZGB das zwingende Gesetzesrecht. Voraussetzung der Vereinsautonomie ist andererseits, dass die freie Willensbildung der Vereine grundsätzlich gewährleistet sein muss. Es wäre widersprüchlich, diesen die Freiheit der inneren Gestaltung zuzugestehen, gleichzeitig aber grundlegende Beschränkungen der freien Willensbildung zuzulassen². Beschränkungen dürfen nur so weit gehen, dass der Verein seiner Selbständigkeit nicht beraubt wird. Nach diesem Grundsatz ist die Frage zu beantworten, ob Dritte für den Ausschluss zuständig erklärt werden dürfen.

a. Abschliessende Zuständigkeit Dritter

Unzulässig wäre es, Dritte für zuständig zu erklären, ohne einem Vereinsorgan eine unbeschränkte Ueberprüfungsmöglichkeit einzuräumen. In diesem Falle stünde der Entscheid über den Mitgliederbestand nämlich ausschliesslich einem Aussenstehenden zu,

1: Forstmoser N 35 zu Art. 846 OR mit Hinweisen.
2: So BGE 97 II 113.

ohne dass der Verein darauf irgendwie Einfluss nehmen könnte. Dies geht zu weit, da damit Dritten ein erheblicher Einfluss auf das Schicksal des Vereins überlassen wird. Unerheblich ist dabei, aus welchen Gründen der Ausschluss vorgenommen werden kann. Dies ist zwar für das betroffene Mitglied im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung bedeutsam, nicht aber für den Verein. Dieser kann nämlich keinen Einfluss nehmen, ob nun der Ausschluss aus wichtigen Gründen oder sogar ohne Grundangabe vorgenommen wird.

b. Unbeschränkte Ueberprüfungsbefugnis eines Vereinsorgans

Nur wenn ein Vereinsorgan abschliessend über Ausschlüsse befinden kann und diesem unbeschränkte Ueberprüfungsbefugnis zusteht, kann rechtsgültig die Zuständigkeit Dritter begründet werden. Zudem muss das betreffende Organ ermächtigt sein, auf eigene Initiative bzw. auf Initiative eines anderen Vereinsorgans Ausschlussbeschlüsse zu überprüfen. Auf diese Weise kommen dem Dritten gewissermassen bloss vorläufige Befugnisse zu. Zudem ist die Freiheit der Willensbildung der Vereine gewährleistet.

B. Einberufung der Versammlung des zuständigen Organs

1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung

a. Grundsatz

Das zuständige Organ muss in der richtigen Form einberufen werden¹. Zweck der Einberufungspflicht ist, den Mitgliedern die bevorstehende Versammlung anzuzeigen und eine möglichst grosse

1: BGE 90 II 347; Egger N 7 zu Art. 72 ZGB; Ennecerus-Nipperdey 679; Meyer-Cording 80.

Beteiligung daran zu ermöglichen¹. Daraus ergibt sich, dass statutarisch nicht gültig von der Einberufungspflicht befreit werden kann. Im Extremfall könnte nämlich sonst der Präsident des zuständigen Organs alleine eine "Versammlung" abhalten und über Ausschlüsse befinden. Dies kann natürlich nicht der Sinn des Gesetzes sein.

b. Ausnahmen

Auszunehmen von der Einberufungspflicht ist die Universalversammlung. Diese ist ja begrifflich eine Versammlung sämtlicher Mitglieder ohne Einberufung². Ausserdem garantiert die Universalversammlung den Zweck der Einberufungspflicht, nämlich die Möglichkeit der Teilnahme möglichst aller Mitglieder. Ein Mangel heilt, wenn zwar eine Einladung in ungenügender Form ergangen ist, gleichwohl alle Mitglieder zusammengetreten sind und kein Einspruch erhoben wird³.

c. Modalitäten

Nicht für alle Vereine gleich sind die Modalitäten der Einberufung der Vereinsversammlung. Entscheidend ist bloss, dass sämtliche Mitglieder von der Abhaltung einer Versammlung Kenntnis erhalten. Davon können nur Mitglieder ausgenommen werden, die sich in einem fernen Lande aufhalten oder gar unbekannten Aufenthaltes sind⁴.

aa. Form

Die Form der Mitteilung hängt von Art und Grösse des Vereins ab. In einem kleinen Dorfverein kann die mündliche Mitteilung praktisch und zulässig sein. Dagegen werden grosse Vereine, deren Mitglieder weit verstreut wohnen, regelmässig schriftlich zur Vereinsversammlung einladen müssen.

1: Egger N 11 zu Art. 64 ZGB.

2,3: Egger N 5 zu Art. 64 ZGB

4: Meyer-Cording 80 f.

bb. Zeitpunkt

Die Einberufung muss rechtzeitig und unter Einhaltung einer Frist erfolgen, die den Mitgliedern Vorbereitung und Teilnahme ermöglicht¹. In BGE 50 II 498 wurde eine Frist von wenigstens fünf Tagen vor der Versammlung gefordert. Daraus sollte indes keine Regel abgeleitet werden, da die Dauer der Frist von den Umständen des Einzelfalles abhängt. In einem kleinen Verein, dessen Mitglieder alle in der gleichen Gemeinde wohnen, genügt eine kürzere Frist, während grossen Vereinen, deren Mitglieder im Gebiete der ganzen Schweiz wohnen, eine längere Zeit eingeräumt werden muss. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Anreise in jenem Fall praktisch keine Zeit erfordert, während sie in diesem längere Zeit beanspruchen kann. Dies wiederum zwingt die Mitglieder, sich für einen ganzen Tag freizuhalten.

cc. Ort

Die Versammlung hat an einem Ort stattzufinden, den alle Mitglieder in gleicher Weise ohne besondere Mühe erreichen können². Es ginge also - um ein extremes Beispiel zu nennen - nicht an, die Versammlung auf der Spitze des Matterhorns abhalten zu wollen³.

2. Zuständigkeit eines anderen Organs

a. Grundsatz

Die Einberufungspflicht bezweckt, den Mitgliedern die bevorstehende Versammlung anzuzeigen und eine möglichst grosse Beteiligung daran zu ermöglichen⁴. Dies gilt natürlich nicht nur für die Vereinsversammlung, sondern für jedes Vereinsorgan. Somit besteht die Einberufungspflicht für jedes Vereinsorgan, das

1: Egger N 11 zu Art. 64 ZGB; Meyer-Cording 80.

2: Egger N 11 zu Art. 64 ZGB

3: Davon könnte höchstens etwa eine Versammlung von Bergführern ausgenommen werden.

4: Vgl. Seite 80 f..

aus einer Mehrheit von Personen besteht.

b. Ausnahmen

Auch für Zusammenkünfte anderer Vereinsorgane muss Entsprechendes wie für die Universalversammlung gelten. Somit darf beispielsweise der Vorstand ohne Einberufung zusammentreten, wenn die Teilnahme aller Mitglieder gewährleistet ist.

c. Modalitäten

Was über die Modalitäten der Einberufung der Vereinsversammlung ausgeführt wurde, gilt analog für andere Organe.

Zu beachten ist allerdings, dass die Modalitäten der Einberufung der Vereinsversammlung von denjenigen eines anderen Organs im gleichen Verein verschieden sein können. Dies ergibt sich daraus, dass der Kreis der Vorstandsmitglieder regelmässig kleiner als derjenige der Vereinsmitglieder sein wird. So kann auch in einem grossen Verein, in welchem schriftlich zur Vereinsversammlung einzuladen ist, der Vorstand mündlich einberufen werden, wenn alle Mitglieder erreicht werden können.

C. Ankündigung des Traktandums

Jedes Mitglied des zuständigen Organs hat einen Anspruch darauf, dass ihm das Traktandum, der Ausschluss, in gehöriger Form angekündigt wird¹. Dies ist in Art. 67 Abs. 3 ZGB für die Vereinsversammlung ausdrücklich vorgeschrieben. Es muss aber auch für andere Vereinsorgane gelten. Nur die Ankündigung der Traktanden bewegt nämlich die eingeladenen Personen letztlich, an einer Versammlung teilzunehmen. Zu der Ankündigung gehört auch die Nennung des Namens des Auszuschliessenden². Erst die Bezeichnung

1: Meyer-Cording 81; BGE 90 II 347.

2: Sowohl auch Meyer-Cording 81; a.M. Egger N 7 zu Art. 72 ZGB

des Betroffenen wird möglicherweise zum Besuch der Versammlung veranlassen.

Art. 67 Abs. 3 ZGB bestimmt, dass in der Vereinsversammlung über Gegenstände, die nicht gehörig angekündigt sind, ein Beschluss nur gefasst werden kann, wenn die Statuten es ausdrücklich gestatten. Daraus ergibt sich der dispositive Charakter der Pflicht zur Ankündigung des Traktandums. Wenn die Statuten aber gänzlich davon entbinden können, so können sie auch bloss von der Pflicht zur Nennung des Betroffenen entbinden.

D. Teilnahmerecht

1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung

An den Beratungen der Vereinsversammlung dürfen alle Mitglieder teilnehmen. Dazu gehört auch der Betroffene¹, sofern statutarisch nichts Gegenteiliges bestimmt ist. Ohne entsprechende Statutenbestimmung darf dem auszuschliessenden Mitglied die Teilnahme an der Vereinsversammlung nicht verwehrt werden, da es die anderen Mitglieder möglicherweise umstimmen kann².

M. E. können die Statuten den Betroffenen von den Beratungen ausschliessen. Dies ergibt sich aus Art. 63 Abs. 1 ZGB, wonach die Organisation des Vereins statutarisch frei geregelt werden darf. Allerdings kann sich eine Einschränkung dieser Regel aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergeben³.

1: Egger N 5 zu Art. 67 ZGB; Meyer-Cording 80.

2: Meyer-Cording 80.

3: Vgl. Seite 106 ff..

2. Zuständigkeit eines anderen Organs

Bei der Zuständigkeit eines anderen Organs haben an sich nur Vereinsmitglieder, die diesem Organ angehören, ein Recht auf Teilnahme. Statutarisch kann natürlich das Teilnahmerecht eines weiteren Kreises begründet werden. Zudem kann sich dies auch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergeben¹.

E. Stimmrecht

1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung

In der Vereinsversammlung sind alle Mitglieder stimmberechtigt (Art. 67 Abs. 1 ZGB). Diese Bestimmung kann allerdings statutarisch wegbedungen werden².

Gemäss Art. 68 ZGB ist jedes Mitglied von Gesetzes wegen bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person einerseits und dem Verein andererseits vom Stimmrecht ausgeschlossen. Dazu gehört auch der Ausschluss³. Diese Bestimmung ist, wie der Wortlaut zeigt, zwingend⁴.

2. Zuständigkeit eines anderen Organs

Zweck des Ausschlusses vom Stimmrecht ist die Vermeidung von Interessenkollisionen und der damit begründeten Gefahr unsach-

1: Vgl. Seite 106 ff..

2: Egger N 5 zu Art. 67 ZGB.

3: Egger N 7 zu Art. 72 ZGB; Jung 73; a. M. Meyer-Cording 80 für das deutsche Recht, das diese Frage jedoch gesetzlich nicht regelt.

4: Egger N 4 zu Art. 63 ZGB.

licher Stimmabgabe¹. Diese Gefahren bestehen natürlich auch beim Ausschluss durch ein anderes Organ als die Vereinsversammlung. Deshalb ist der Betroffene auch in diesen Fällen vom Stimmrecht auszuschliessen.

F. Ermittlung der Mehrheit

1. Zuständigkeit der Vereinsversammlung

Gemäss Art. 67 Abs. 2 ZGB wird der Vereinsbeschluss mit der Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder gefasst. Nach Meinung Eggers² ist unter "anwesenden Mitgliedern" die Gesamtheit der Stimmberechtigten einer Versammlung zu verstehen. Zudem sollen die anwesenden Mitglieder, die sich der Stimme enthalten, bei der Berechnung des Mehres ebenfalls gezählt werden³. Letzteres ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 2 ZGB. Anwesend sind nämlich auch Mitglieder, die sich der Stimme enthalten. Ersteres ist dagegen eingehender zu überprüfen.

Dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 2 ZGB nach zu schliessen, müssten alle Mitglieder, seien sie nun generell stimmberechtigt oder nicht, zur Ermittlung des absoluten Mehres mitgezählt werden, da eben auch nicht Stimmberechtigte anwesend sein können. Dass die generell nicht stimmberechtigten Mitglieder aber nicht mitgezählt werden dürfen, ergibt sich aus einem Beispiel. Es ist denkbar, dass in einem Verein fünfzig stimmberechtigte Mitglieder hundert nicht stimmberechtigten Passivmitgliedern gegenüberstehen. Unter der Voraussetzung, dass sämtliche Mitglieder an der Vereinsversammlung teilnehmen, könnte logischerweise nie ein Ver-

1: Egger N 2 zu Art. 68 ZGB.

2: Egger N 8 zu Art. 67 ZGB.

3: A. a. O..

einschluss gefasst werden, wenn zur Ermittlung des absoluten Mehrs alle Mitglieder mitgezählt werden müssten. Dieses beträgt nämlich sechsundsiebzig, während bloss fünfzig Mitglieder stimmen dürfen.

Eine andere Frage ist, ob auch die gemäss Art. 68 ZGB im Einzelfall nicht Stimmberechtigten nicht mitzuzählen sind. In einem aus sieben Mitgliedern bestehenden Verein soll über den Ausschluss von vier Mitgliedern abgestimmt werden. Wenn von der absoluten Mehrheit der Stimmberechtigten auszugehen wäre, könnten zwei der drei Stimmberechtigten den Ausschluss herbeiführen.

Wäre dagegen die Zustimmung von vier Mitgliedern erforderlich, könnte der Ausschluss nicht ausgesprochen werden. M. E.

zeigt das Beispiel, dass auch die gemäss Art. 68 ZGB nicht stimmberechtigten Mitglieder nicht mitzuzählen sind. In einem Falle wie dem geschilderten wäre der Verein sonst seiner Handlungsfreiheit beraubt. Im übrigen braucht es sich ja nicht immer um einen Ausschluss zu handeln. Das gleiche Beispiel gilt auch im Falle des Rechtsstreits zwischen dem siebenköpfigen Verein und vier seiner Mitglieder: Wenn auch die betroffenen vom Stimmrecht ausgeschlossenen Mitglieder zur Ermittlung des Mehrs mitzuzählen wären, könnte ein Beschluss nie gefasst werden.

Zuzugeben ist, dass mit der vorgeschlagenen Lösung ein Machtmissbrauch möglich ist. Doch kann ein solcher Beschluss beim Richter angefochten werden, wenn er rechtsmissbräulich erfolgt¹. Unbestreitbar ist weiter, dass bei statutarisch vorgesehenem Ausschluss ohne Grundangabe eine Anfechtung nicht viel helfen wird, da die richterliche Kognition eingeschränkt ist. Allerdings ergibt sich dieser unbefriedigende Zustand in erster Linie aus der gesetzlichen Regelung des Ausschlusses aus dem Verein und erst in zweiter Linie wegen der Ermittlung der Mehrheit. Wäre der

1: Die Anfechtung erfolgt im allgemeinen gemäss Art. 75 ZGB, im Falle des Ausschlusses gemäss Art. 72 ZGB. Vgl. für die Anfechtung des Ausschlusses wegen Rechtsmissbrauchs nachfolgend § 5.

Ausschluss in jeder Beziehung überprüfbar, so wäre auch kein Machtmissbrauch möglich.

Mit Egger¹ ist somit davon auszugehen, dass als anwesende Mitglieder im Sinne von Art. 67 ZGB die im besonderen Falle anwesenden stimmberechtigten Mitglieder zu zählen sind. Das auszuschliessende Mitglied, das gemäss Art. 68 ZGB vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, wird für die Ermittlung des absoluten Mehrs nicht mitgezählt.

2. Zuständigkeit eines anderen Organs

Gesetzlich nicht geregelt ist die Frage, wie die Abstimmung vorzunehmen ist, wenn ein anderes Organ als die Vereinsversammlung den Ausschluss vornehmen darf.

M. E. liegt es nahe, bei fehlender statutarischer Vorschrift auch in diesem Falle die für die Vereinsversammlung geltenden Regeln analog anzuwenden. Wenn das Vereinsrecht schon eine besondere Regelung kennt, dann sollte diese generell angewendet werden.

G. Anspruch auf rechtliches Gehör

1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung

Dem auszuschliessenden Mitglied ist Gelegenheit zu geben, sich in angemessener Weise zu verteidigen^{2,3}. Dieser Grundsatz wurde anfänglich sowohl in der Lehre wie in der Rechtsprechung in absoluter Weise in einem die Genossenschaft betreffenden Fall

1: N 8 zu Art. 67 ZGB

2: BGE 40 II 379 f.; 44 II 82; 85 II 543; 90 II 348; Semjud 42 208; SJZ 58 71; ZBJV 72 495; ZR 71 100 f.

3: Daeniker 129; Egger N 7 zu Art. 72 ZGB; Ennecerus-Nipperdey 680; Forstmoser N 23 zu Art. 846 OR; Heini 554 Anm. 66; Meyer-Cording 81 f.; Staudinger N 9 zu § 35 BGB.

verkündet. So erklärte das Bundesgericht in BGE 40 II 379 f.:
"... le droit du sociétaire de se défendre avant qu'il puisse être exclu est un droit primordial dont la violation entraîne l'annulation de la décision d'exclusion comme irrégulière ou même comme arbitraire au point de vue formel".

Ähnlich absolut äusserte sich Egger für das Vereinsrecht in der ersten Auflage seines Kommentars¹. Das Recht des Mitglieds, angehört zu werden oder sich sonst zu rechtfertigen, sei "ein Recht, das dem Mitglied doch wohl auf alle Fälle" selbst im Falle des Ausschlusses ohne Grundangabe "gewahrt werden" müsse².

Später wurde dieser Grundsatz allerdings eingeschränkt. In BGE 44 II 77 ff. wurde ein Mitglied aus einer nach der katholischen Religion orientierten Genossenschaft ausgeschlossen, die den gegenseitigen Beistand der Römisch-Katholiken der Pfarreien des Kantons Genf zum Zweck hatte und den Mitgliedern Hilfe und Trost in Unglückszeiten zusicherte³. Art. 48 lit. c der Statuten enthielt die Bestimmung, wonach "tout membre qui par ses actes ou ses paroles outragerait publiquement la religion et l'Eglise" ausgeschlossen werden könne. Ein Mitglied heiratete eine geschiedene Frau, deren früherer Ehegatte noch lebte.

Das Bundesgericht erklärte, das Verbum "outrager" könne neben "beschimpfen" auch bedeuten, dass sich jemand zu etwas in Widerspruch setze. In diesem Sinne habe sich das ausgeschlossene Mitglied durch seine Heirat mit einer geschiedenen Frau offenbar in Widerspruch zu den Regeln der katholischen Religion gesetzt. Nach Auffassung der katholischen Kirche sei nämlich die Ehe ein Sakrament und grundsätzlich unlösbar.

Auf den Einwand des Ausgeschlossenen, das rechtliche Gehör sei ihm nicht gewährt worden, meinte das Bundesgericht⁴, dieser Grundsatz sei in BGE 40 II 379 f. in zu absoluter Weise ausgesprochen worden. Er finde jedenfalls in diesem besonderen Fall

1: Egger, 1. Auflage, N2 b zu Art. 72 ZGB.

2: Auch heute noch vertreten Ennecerus-Nipperdey 680 und Staudinger N 9 zu § 35 BGB diesen Grundsatz uneingeschränkt.

3: BGE 44 II 77 f..

4: A. a. O. 82 f..

keine Anwendung, da die Tatsache der Heirat des Mitglieds mit einer geschiedenen Frau unzweifelhaft feststehe . Ebenso unzweifelhaft sei, dass diese Heirat von der römisch-katholischen Kirche verurteilt werde. Die Voraussetzungen der Ausschlliessung seien somit erfüllt. Es sei daher nicht notwendig gewesen, das Mitglied anzuhören, da es der Natur der Sache nach ohnehin nicht in der Lage gewesen wäre, durch irgendwelche Erklärungen diese Voraussetzungen zu entkräften. Im übrigen stehe fest, dass dem Mitglied bekannt gemacht worden sei, dass sein Ausschluss der Generalversammlung vorgeschlagen worden sei. Somit habe es rechtzeitig Gelegenheit erhalten, sich zu verteidigen.

Dieser Entscheid hat in Lehre und Rechtsprechung Zustimmung gefunden¹. Aehnliches vertreten auch deutsche Juristen².

In BGE 85 II 525 ff. hatte das Bundesgericht erstmals über den Anspruch auf rechtliches Gehör beim Ausschluss aus einem Verein zu befinden. Es erklärte³, ob die in BGE 40 II 379 f. und 44 II 82 f. entwickelten Regeln ohne Vorbehalt auch im Falle der Ausschlliessung aus dem Verein anzuwenden seien, könne dahingestellt bleiben. "Auch wenn man dies mit Egger (N. 7 zu Art. 72 ZGB) annehmen will, so kann doch keine Rede davon sein, dass dem auszuschliessenden Mitglied das rechtliche Gehör in gleicher Weise wie etwa einer Partei im Zivilprozess oder einem Beamten im Disziplinarverfahren vor staatlichen Instanzen zu gewähren sei. Vielmehr muss es genügen, wenn das betreffende Vereinsmitglied in diskutablen Fällen seine Einwendungen in irgendeiner Form vorbringen kann, bevor der Ausschluss endgültig angeordnet wird. Diese Möglichkeit hatten die Kläger, da sie ihren Standpunkt im Rekurs an die Delegiertenversammlung, der die endgültige Entscheidung über ihren Ausschluss zukam, uneingeschränkt ver-

1: Daeniker 129; Egger N 7 zu Art. 72 ZGB, ZR 71 101, ZBJV 72 495; Jung 73; SJZ 58 71.

2: Meyer-Cording 82; Paulick 152.

3: A. a. O. 543 f..

fechten konnten."

In BGE 90 II 346 ff.¹ präzierte das Bundesgericht seine Meinung. Es handelte sich um den Ausschluss aus dem Verein der Neuenburger Tierärzte². Das Ausschlussrecht stand der Vereinsversammlung zu, die auf Vorschlag des Vorstandes entschied. Dieser rief auf den 13. November 1958 eine ausserordentliche Vereinsversammlung ein, die über den vorgeschlagenen Ausschluss befinden sollte. Das betroffene Mitglied erhielt die Einladung dazu am 6. November. Am 8. November 1958 wurde es zu einer am übernächsten Tage stattfindenden Sitzung des Vorstandes eingeladen, wo über seine Haltung diskutiert werden sollte.

Das Bundesgericht entschied³, die Vorladung vom 8. November 1958 zur Aussprache vor dem Vorstand am übernächsten Tage habe dem Empfänger zwar nicht genügend Zeit gelassen, um seine Verteidigung vorzubereiten. Die Ausschliessung habe indes allein der Vereinsversammlung zugestanden. Die Einladung vom 6. auf den 13. November habe dem Betroffenen eine genügende Frist gelassen, um sich zu entscheiden. Der Ausschliessungsbeschluss leide daher nicht an einer Verletzung des Rechts auf Anhörung.

Mit Hinweis auf die zitierte bundesgerichtliche Praxis entschied die 1. Zivilkammer des Zürcherischen Obergerichts am 11. November 1971 über einen Ausschluss aus einer Genossenschaft⁴. Es wies auf die bundesgerichtliche Praxis hin und erklärte, den Umstand, dass unbestreitbar feststehe, dass die Voraussetzungen des Ausschlusses gegeben seien, habe das mit der Angelgenheit befasste Organ festzustellen. Wenn diesem der Tatbestand klar erscheine, bedürfe es keiner weiteren Anhörung des Mitglieds mehr. Im zitierten Entscheid hatte sich die Verwaltung der Genossenschaft auf ihr bekannte und schriftlich festgehaltene Tatsachen, wie je einen Brief der Ehefrau des Klägers und des Klägers selbst,

1: Deutsch in Praxis 54 155 ff.; Sachverhalt in Semjud 87 401.

2: Vgl. Semjud 87 403.

3: BGE 90 II 348.

4: ZR 71 100 ff..

ferner eine Ehrverletzungsklage des Klägers gegen den Genossenschaftspräsidenten gestützt.

Dem Kläger stand ein Rekursrecht an die Generalversammlung zu. Davon machte er Gebrauch. Dort wurde ihm das volle rechtliche Gehör gewährt. Unter Hinweis darauf, dass es ein auch bei Gerichten herrschender Grundsatz sei, "dass dann eine Wiederholung erstinstanzlicher Verfahren nicht stattzufinden hat, wenn zwar dort das rechtliche Gehör nicht gewährt oder beschnitten worden ist, jedoch im Rechtsmittelverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme unbeschränkt offen steht"¹, entschied das Obergericht, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht verletzt sei.

In seiner Besprechung von BGE 85 II 525 ff. erklärte Liver², aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folge, dass das Mitglied ohne jedes rechtliche Gehör ausgeschlossen werden könne, wenn ihm eine interne Rekursmöglichkeit gegeben sei. "Wenn man dem Bundesgericht auch nicht gerne so weit Gefolgschaft leistet, wird man dieser und den übrigen Meinungsverschiedenheiten, die da bestehen können, angesichts des Freibriefes, welchen sich der Verein in den Statuten für jegliche Willkür selbst ausstellen kann, nicht allzu wichtig nehmen."³ Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs brauche "keine Anwendung zu finden, wenn die Ausschliessung ohne Begründung erfolgt und gestattet ist. Er kann nur gelten, wenn auf Grund statutarischer Ausschlussgründe vorgegangen wird."⁴

Aus der bundesgerichtlichen Praxis hat Heini⁵ geschlossen, dem Mitglied müsse vor seiner Ausstossung Gelegenheit geboten werden, dem für die Ausschliessung letztinstanzlich zuständigen Organ seine Einwendungen vorzubringen. Zum gleichen Schluss kommt Forstmoser⁶ für das Genossenschaftsrecht, der erklärt, der

1: A. a. O. 101.

2: ZBJV 96 395 ff.

3: A. a. O. 399.

4: A. a. O. 398 f.

5: Heini 554 Anm. 66.

6: Forstmoser N 24 zu Art. 846 OR.

Anspruch auf rechtliches Gehör erschöpfe sich im ohnehin bestehenden Recht jedes Genossenschafters auf Meinungsäusserung in der Generalversammlung. Allerdings vermöge diese Einschränkung nicht voll zu befriedigen.

Zusammengefasst wirft die dargestellte Rechtsprechung zwei Fragen auf: Gibt es Fälle, in denen das rechtliche Gehör nicht gewährt werden muss? Inwieweit genügt es, wenn das Mitglied im internen Rechtsmittelverfahren zu Wort kommt?

Zu letzterem ist vorab festzuhalten, dass die Verhältnisse bei der Genossenschaft nicht unbesehen auf das Vereinsrecht übertragen werden dürfen. Im Unterschied zum Vereinsrecht steht dem durch die Verwaltung Ausgeschlossenen nämlich ein zwingendes Rekursrecht an die Generalversammlung zu¹. Diese ist in ihrem Entscheid kraft zwingenden Rechts völlig frei². Dagegen kann im Verein der Vorstand den Ausschluss letztinstanzlich verfügen³. Selbst wenn jedoch die Vereinsversammlung Rechtsmittelinstanz ist, kann dieser bloss beschränkte Kognition zugestanden werden. Schon deshalb muss für den Verein eine eigene Lösung gesucht werden. Vorerst ist aber der Begriff des rechtlichen Gehörs zu erläutern.

2. Begriff des rechtlichen Gehörs

Das Bundesgericht leitet in seiner Rechtsprechung aus Art. 4 BV u. a. das Verbot der formellen Rechtsverweigerung ab. Darunter ist u. a. der Tatbestand der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehörs zu verstehen⁴.

a. Begriff des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsrecht

Das Gebot des rechtlichen Gehörs wirkt sich auf die Vorbereitung⁵

1: Forstmoser N 37 zu Art. 846 OR.

2: A. a. O.

3: Vgl. dazu und zum Folgenden, Seite 77 ff..

4: Imboden/Rhinow 495.

5: Imboden/Rhinow 498 ff.

wie auch auf Eröffnung¹, Begründung² und Rechtsmittelbelehrung³ eines Entscheides aus. Vorliegendenfalls interessieren in erster Linie die Regeln, die für die Vorbereitung einer Entscheidung entwickelt worden sind. Dabei sind drei Fragen zu unterscheiden. Wie ist der Anspruch auf rechtliches Gehör zu begründen? In welchen Fällen ist der Anspruch zu gewähren? Wie äussert sich der Anspruch?

aa. Zweck

Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird damit begründet, dass die entscheidende Behörde eine zuverlässige Entscheidungsgrundlage gewinnt⁴. Nur nach Anhörung des Betroffenen ist sichergestellt, dass auch die Gründe dem Entscheid zugrundeliegen, die nach Ansicht des Betroffenen erheblich sind.

Ausserdem "soll der beteiligte Private im Hinblick auf seine persönliche Eigenwürde nicht ohne vorherige Anhörung durch die Verwaltung belastet werden; der Anspruch auf rechtliches Gehör weist somit als Mitgestaltungsrecht eine demokratische Note auf."⁵

bb. Umfang

Die Praxis⁶ kennt fünf Fälle, in denen dem Privaten ein unbedingter Anspruch auf rechtliches Gehör zusteht. Zwei davon weisen Ähnlichkeiten mit dem Ausschluss aus dem Verein auf:⁷ Ein unbedingter Anspruch auf rechtliches Gehör besteht namentlich, wenn die Verwaltung eine Strafe oder eine strafähnliche Massnahme, z. B. die Disziplinierung eines Beamten, ausfällt⁸. Gleiches gilt bei einem besonders schweren Eingriff in die höchstpersönli-

1: Dazu Imboden/Rhinow 526 ff..

2: Dazu Imboden/Rhinow 534 ff..

3: Dazu Imboden/Rhinow 541 ff..

4: Imboden/Rhinow 500.

5: Imboden/Rhinow a. a. O.

6: BGE 96 I 187; 87 I 155.

7: Bei den anderen drei Fällen handelt es sich um den Entscheid privatrechtlicher Streitigkeiten durch eine Verwaltungsbehörde, den Eingriff einer Verwaltungsbehörde in die Gestaltung eines privatrechtlichen Verhältnisses zwischen Privaten und um den Fall der besonderen gesetzlichen Anordnung.

8: Imboden/Rhinow 317, 502 mit Hinweisen.

che Rechtssphäre, wozu u. a. die Einweisung in eine Versorgungs- oder Besserungsanstalt, die Zurücknahme einer Bewilligung für eine gewerbsmässige Tätigkeit und ein wesentlicher Eingriff in die Eigentumsfreiheit zu zählen sind¹. In allen anderen Fällen steht dem Betroffenen bloss ein bedingter Anspruch auf vorherige Anhörung zu, nämlich nur dann, wenn dessen Rechtsstellung wesentlich verändert werden soll². Dieser Anspruch entfällt, wenn das öffentliche Interesse ein sofortiges Handeln verlangt und ausserdem "der Betroffene die Möglichkeit hat, die getroffene Massnahme mit einem ordentlichen, eine freie Ueberprüfung gestattenden Rechtsmittel anzufechten oder durch ein Wiedererwägungsgesuch uneingeschränkt überprüfen und den früheren Zustand wieder herstellen zu lassen."³ Das Wiedererwägungsgesuch schliesst den unbedingten Anspruch auf rechtliches Gehör indessen nur aus, wenn die Behörde zu dessen Annahme verpflichtet ist und die darin aufgeworfenen Tat- und Rechtsfragen frei zu prüfen hat⁴. Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht auch nicht, wenn die Rechtsstellung des betroffenen Privaten überhaupt nicht wesentlich verändert wird oder die Verwaltung bei der administrativen Beurteilung an den vom Strafrichter festgestellten Tatbestand gebunden ist⁵.

Die neueste Praxis scheint von dieser Differenzierung abzurücken und einen generellen Anspruch auf rechtliches Gehör mindestens im Verwaltungsverfahren gewähren zu wollen⁶.

cc. Inhalt

Der Anspruch auf rechtliches Gehör manifestiert sich im Verwaltungsverfahren darin, dass der Beteiligte vorher anzuhören ist, wenn dessen Stellung im Laufe des Verfahrens verschlechtert werden soll⁷. Jeder Beteiligte ist befugt, zu den Aeusserungen

1: Imboden/Rhinow 502 f. mit Hinweisen.

2: Imboden/Rhinow 503 mit Hinweisen.

3: Imboden/Rhinow 503 mit Hinweisen.

4: Imboden/Rhinow a. a. O..

5: Imboden/Rhinow 503.

6: Vgl. dazu BGE 98 Ia 339.

7: Imboden/Rhinow 508.

einer Gegenpartei Gegenbemerkungen anzubringen¹. Er muss sich zur Art der Beweiserhebung und zum Ergebnis eines Beweisverfahrens äussern können². Die Behörde hat die Pflicht, alle Vorbringen zum Sachverhalt und zu den Rechtsfragen zu prüfen und Beweise über erhebliche Tatsachen abzunehmen³. Alle Mitglieder der entscheidenden Behörde müssen bei den Verhandlungen zur Beweisabnahme anwesend sein⁴. Das Ergebnis des Beweisverfahrens ist sachgemäss zu würdigen⁵. Zudem besteht ein Recht auf Akteneinsicht⁶, das jedoch eingeschränkt werden kann.

b. Begriff des rechtlichen Gehörs im Strafprozessrecht

aa. Zweck

Strafe, Massnahme und strafprozessuale Massnahme gehören zu den schwersten Eingriffen in die Rechte des Individuums. In diesen Bereichen gehört der Anspruch auf rechtliches Gehör zu den wichtigsten Garantien für ein rechtsstaatliches Verfahren. Er dient dazu, eine ungerechtfertigte Verfolgung oder Bestrafung rechtzeitig abzuwenden⁷. Im übrigen dient die Anhörung der Beteiligten zur Abklärung der materiellen Wahrheit⁸.

bb. Umfang

Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht im Strafprozess grundsätzlich unbedingt⁹. Er ist formeller Natur, d. h. es ist unwesentlich, ob eine Stellungnahme der Beteiligten geeignet ist, zu einem für sie günstigen Entscheid zu führen¹⁰.

Das rechtliche Gehör ist grundsätzlich vor der Entscheidung zu

1: Imboden/Rhinow 508.

2: A. a. O. 508 f..

3: A. a. O. 509 f..

4: A. a. O. 511.

5: A. a. O. 511.

6: A. a. O. 519.

7: BGE 101 Ia 170, 296.

8: Hauser 135.

9: A. a. O. 136.

10: BGE 98 Ib 176.

gewähren. Es genügt jedoch auch die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs, mit dem der Betroffene eine freie Ueberprüfung erwirken kann¹.

cc. Inhalt

Die Strafbehörde ist verpflichtet, den Beteiligten von dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt Kenntnis und gleichzeitig Gelegenheit zur Äusserung dazu zu geben². Zudem hat die Behörde von den Aussagen Notiz zu nehmen und sie, soweit erheblich, zu würdigen³.

Dem Berechtigten steht im Untersuchungsverfahren ein mit Rücksicht auf höhere Interessen möglicherweise beschränktes⁴, im Gerichtsverfahren aber uneingeschränktes Teilnahmerecht zu⁵.

Dem Anspruch der Beteiligten, bedeutsame Beweise nennen zu können, steht die Pflicht der Behörden gegenüber, diese abzunehmen, sofern nicht von vorneherein feststeht, dass der beantragte

1: BGE 98 Ib 176.

2: BGE 101 I a 170 f.; 296 f. ; vgl. § 63 Abs. 1 der aargauischen StPO. (Im folgenden ist stets von der aargauischen StPO die Rede). Eine Ausdehnung der Anklage im Hauptverfahren ist nur zulässig, wenn eine Straftat im Hauptverfahren nachgewiesen wird und der Staatsanwalt anwesend ist (§ 162 Abs. 1 StPO). Besteht dagegen nur ein dringender Verdacht auf das Vorliegen einer weiteren Straftat, so ist die Verhandlung auszusetzen und eine Ergänzung der Untersuchung anzuordnen (§ 162 Abs. 3 StPO).

3: BGE 96 I 323; 99 V 188.

4: BGE 98 Ia 339.

Gemäss §130 Abs. 1 StPO kann der Untersuchungsbeamte dem Beschuldigten die Anwesenheit bei Untersuchungshandlungen gestatten, wenn das Interesse der Untersuchung es als wünschenswert erscheinen lässt. Der Verteidiger des Beschuldigten darf aber von den Untersuchungshandlungen nicht ausgeschlossen werden. Die Termine sind ihm mitzuteilen. Gemäss Abs. 3 sind die Ergebnisse der Untersuchung dem Beschuldigten, soweit er oder sein Verteidiger bei den Untersuchungshandlungen nicht anwesend war, im Zusammenhang und genau mitzuteilen und es sind seine Bemerkungen dazu entgegenzunehmen.

5: BGE 103 Ia 38 f. Gemäss § 159 Abs. 1 kann in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt werden, wenn zu befürchten ist, dass die Kenntnis eines ärztlichen Gutachtens ihm zum Nachteil gereicht.

Beweis unerheblich oder unzulässig ist¹. Grundsätzlich besteht ein Akteneinsichtsrecht, das allerdings zur Wahrung höherer Interessen eingeschränkt werden kann². Der mittellose Angeklagte hat ein Recht auf Beizug eines Verteidigers, wenn sich dies wegen der Schwierigkeit der Materie, der Schwere der zu erwartenden Strafe oder der mangelnden rechtlichen Kenntnisse des Angeklagten rechtfertigt³.

c. Begriff des rechtlichen Gehörs im Zivilprozessrecht

aa. Zweck

Auch im Zivilprozess dient der Anspruch auf rechtliches Gehör zur Ermittlung einer sicheren Urteilsgrundlage. Insbesondere soll den Parteien Gelegenheit gegeben werden, die ihnen wesentlich scheinenden Umstände vorzubringen.

bb. Umfang

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs besagt, dass über Gutheissung oder Abweisung einer Klage erst entschieden werden darf, nachdem beiden Parteien Gelegenheit geboten worden ist, sich in den Formen des Gesetzes zur Klage auszusprechen⁴. Von einer Anhörung des Beklagten kann abgesehen werden, falls es schon an einer Prozessvoraussetzung fehlt oder die Klage nicht ordnungsgemäss erhoben worden ist⁵.

Eine Ausnahme gilt vor dem Erlass prozessleitender Anordnungen, die das Gericht bis zum Abschluss des Prozesses frei widerrufen oder abändern kann⁶. Einstweilige Verfügungen können in dringen-

1: BGE 96 I 620; 99 V 188; 101 Ia 170.

§ 129, 151 Abs. 2 und 156 ff. StPO.

2: BGE 98 Ib 169; 101 Ia 17 f..

3: BGE 100 Ia 184; 101 Ia 88; 102 Ia 89 ff.; 103 Ia 105.

4, 5: Guldener 175.

6: Guldener 176.

den Fällen ohne Anhörung der Gegenpartei getroffen werden¹.

cc. Inhalt

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert, dass sich jede Partei mindestens zweimal äussern kann². Es kann ja dem Kläger nicht zugemutet werden, auch die Tatsachen vorzubringen, die gegen seinen Anspruch ins Feld geführt werden könnten. Dies bleibt vielmehr dem Beklagten vorbehalten. Auf dessen Antwort muss der Kläger wiederum Gelegenheit erhalten, eine Replik vorzubringen, worauf die Duplik des Beklagten folgt³.

Den Parteien und ihren Vertretern muss Gelegenheit geboten werden, allen Verhandlungen und Beweiserhebungen im Prozess beizuwohnen⁴. Es steht ihnen ein Akteneinsichtsrecht zu⁵. Alle richterlichen Anordnungen und Entscheidungen sind den Parteien in den Formen des Gesetzes zur Kenntnis zu bringen⁶. Schliesslich ist das Gericht verpflichtet, zu den Vorbringen jeder Partei, sofern sie nicht offensichtlich unerheblich sind, ernsthaft Stellung zu nehmen⁷.

3. Anspruch auf rechtliches Gehör beim Ausschluss aus dem Verein

Nachdem auf den vorstehenden Seiten ein Ueberblick über die wichtigsten Anwendungsfälle des Anspruchs auf rechtliches Gehör

-
- 1: Guldener 176. Vgl. § 248 ZPO. Danach kann eine vorläufige Massnahme zur Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwendung eines drohenden erheblichen Nachteils durch den Gerichtspräsidenten sofort - d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei - getroffen werden, wenn die Dringlichkeit der Sache es erheischt und die Notwendigkeit der Verfügung durch Urkunden, Gutachten von Sachverständigen, Augenschein oder durch Erklärung eines glaubhaften Zeugen nachgewiesen ist.
- 2: Guldener 176.
- 3: Dies gilt auch im aargauischen Zivilprozess. Vgl. Eichenberger, Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aargau 1949, S. 126 f..
- 4: Guldener 177.
- 5,6: Guldener 178.
- 7: Guldener 179.

gegeben wurde, ist zu prüfen, inwiefern auch die Vereine das Gebot des rechtlichen Gehörs zu befolgen haben.

Als Vorbemerkung ist auf das Wort Livers¹ zu verweisen, wonach die Meinungsverschiedenheiten, die über den Anspruch auf rechtliches Gehör bestehen, "angesichts des Freibriefes, welchen sich der Verein in den Statuten für jegliche Willkür selbst ausstellen kann, nicht allzu wichtig" zu nehmen seien. Dies trifft aber nicht zu. Gerade weil die Vereine den Ausschluss weitgehend frei regeln können, besteht ein grosses Bedürfnis dafür, dass wenigstens das vereinsinterne Verfahren in ordentlichen Bahnen verläuft. Der Ausspruch des Bundesgerichts², es könne "keine Rede davon sein, dass dem auszuschliessenden Mitglied das rechtliche Gehör in gleicher Weise wie etwa einer Partei im Zivilprozess oder einem Beamten im Disziplinarverfahren vor staatlichen Instanzen zu gewähren sei", es genüge, wenn der Betroffene "in diskutablen Fällen seine Einwendungen in irgendeiner Form vorbringen kann, bevor der Ausschluss endgültig angeordnet wird", ist nicht sehr differenziert. Vielmehr müsste unterschieden werden zwischen den Fällen, in welchen ein Anspruch besteht und dem Inhalt des rechtlichen Gehörs. Dass das vereinsinterne Verfahren in der Regel nicht mit einem Verfahren vor staatlichen Instanzen verglichen werden kann, ist nicht zu bestreiten. Allerdings wirkt sich dies nicht unbedingt darauf aus, ob der Betroffene anzuhören sei. Es kann auch einem Verein, dessen Mitglieder unerfahrene, einfache Leute sind, zugemutet werden, den Betroffenen anzuhören. Hingegen sind die Anforderungen an das Verfahren im einzelnen weniger hoch.

a. Zweck

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bezweckt die Ermittlung der materiellen Wahrheit. Indem nämlich der Pri-

1: ZBJV 96 399; vgl. auch Seite 92.

2: BGE 85 II 543.

vate im Verwaltungsverfahren oder der Beschuldigte im Strafverfahren vorbringen dürfen, was ihnen erheblich scheint, und zu Vorwürfen Stellung nehmen können, wird sichergestellt, dass dem Entscheid alle erheblichen Umstände zugrundeliegen. Dieses Bedürfnis besteht auch beim Ausschluss aus dem Verein. Auch hier soll das entscheidende Organ den Sachverhalt möglichst umfassend kennen.

b. Umfang

aa. Problem

Aus dem Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann geschlossen werden, dass dieses nicht gewährt werden muss, wenn eine Anhörung des Betroffenen überhaupt nichts zur Sache beitragen kann. Insofern trifft die Begründung in BGE 44 II 83 zu. In diesem Falle stand fest, dass das ausgeschlossene Mitglied eine geschiedene Frau geheiratet hatte, deren Gatte noch lebte, und damit die Vorschriften der römisch-katholischen Kirche verletzt hatte. Zudem stellte dies einen Ausschlussgrund dar. Gerade dieser Entscheid wirft jedoch grundsätzliche Fragen auf. Ausschlussgrund war der Umstand, dass sich das Mitglied öffentlich in Widerspruch zur römisch-katholischen Religion und Kirche setzte. Es steht keineswegs für alle vernünftigen Leute in jedem Fall fest, welche Worte und Handlungen in Widerspruch zu Religion und Kirche stehen. In casu war dies zwar unbestritten. Es sind aber Grenzfälle denkbar.

BGE 44 II 77 ff. wirft die grundsätzliche Frage auf, wann die Gewährung des rechtlichen Gehörs nichts zur Sache beiträgt, weil es sich um einen undiskutablen Fall handelt.

bb. Lösungsversuch

aaa. Undiskutabler Fall

Als Ausgangspunkt wird auf die Behandlung des grundsätzlichen Problems verwiesen, wie eine Statutenbestimmung anzuwenden ist¹. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs trägt nicht zur Wahrheitsfindung bei, wenn der Sachverhalt objektiv feststellbar ist, ein bestimmter Tatbestand vorliegt, der nur eine Auslegung zulässt, und die Rechtsfolge bestimmt ist. Wie jedoch noch zu zeigen sein wird², haben die Vereine in der Regel keine Pflicht, den Ausschluss vorzunehmen, wenn der Tatbestand erfüllt ist. Vielmehr steht ihnen auch bei bestimmten Tatbeständen Entschliessungsermessen zu.

Somit trägt die Gewährung des rechtlichen Gehörs nur dann nichts zur Sache bei, wenn ein objektiv feststellbarer Sachverhalt unter einen bestimmten Tatbestand subsumiert werden muss und das zuständige Organ die Pflicht hat, den Ausschluss vorzunehmen. Im Ergebnis braucht das rechtliche Gehör in den Fällen nicht gewährt zu werden, die zum automatischen Verlust der Mitgliedschaft führen könnten³.

bbb. Entscheid über den undiskutablen Fall

Ob Tatbestand und Rechtsfolge bestimmt oder unbestimmt sind, kann leicht festgestellt werden. Schwieriger dürfte festzustellen sein, ob der Verein bei bestimmten Rechtsfolgen ausnahmsweise kein Ermessen hat. Noch zweifelhafter kann im Einzelfall sein, ob ein Sachverhalt objektiv feststellbar ist. Es erübrigt sich aber, generelle Kriterien zur Lösung dieser Fragen anzuführen. Zur Definition des objektiv feststellbaren Sachverhalts müsste nämlich das grundsätzliche Problem untersucht

1: Vgl. dazu Seite 34 ff..

2: Dazu Seite 108 ff..

3: Seite 38.

werden, wann eine Tatsache erwiesen ist. Letztlich handelt es sich also um eine Frage der Beweiswürdigung, die vorerst das mit der Sache befasste Organ vorzunehmen hat, wie das Zürcher Obergericht richtig festgestellt hat¹. Die Frage ist im Bestreitungsfall aber vom Richter zu entscheiden². Wenn dieser zu der Auffassung gelangt, dass ein Sachverhalt nicht objektiv feststellbar ist, dann hat er den Ausschluss für ungültig zu erklären, wenn dem Mitglied das rechtliche Gehör verweigert wurde. Dasselbe gilt, wenn der Richter nachträglich feststellt, dass der Verein keine Pflicht zur Anwendung der bestimmten Rechtsfolge hatte. Gleiches gilt für die Frage, ob ein unbestimmter Tatbestand vorliegt. Diese Frage ist nicht mit derjenigen zu verwechseln, ob der Beweis dafür angetreten wurde, dass der Ausschlussgrund vorliegt. Die Zurückweisung erfolgt nämlich schon deshalb, weil dem Mitglied in einem diskutablen Fall³ das rechtliche Gehör verweigert wurde, somit das vereinsinterne Verfahren mit einem schweren Makel behaftet ist. Somit ergibt sich, dass der Entscheidung, ob ein diskutabler Fall vorliegt, letztlich⁴ dem Richter zusteht.

ccc. Sonderfragen

aaaa. Zweckverfolgung

Man könnte sich fragen, ob bei Vereinen, die nicht ausschliesslich ideale Zwecke verfolgen, das rechtliche Gehör schlechthin zu gewähren ist. Dies ist zu verneinen. Der Rechtsschutz ist nach den entwickelten Regeln weit ausgebaut. Die Ver-

1: ZR 71 101.

2: Das Mitglied kann den Ausschluss wegen eines Verfahrensmangels anfechten. Eine solche Anfechtung darf der Richter auch nach herrschender Lehre und Rechtsprechung überprüfen. Vgl. Seite 160 f..

3: So im Ergebnis BGE 85 II 543.

4: D. h. im Bestreitungsfall.

weigerung des rechtlichen Gehörs ist nur noch in gänzlich unproblematischen Fällen möglich. Wenn das Mitglied zudem der Ansicht ist, es habe sich nicht um einen unproblematischen Fall gehandelt, so kann es den Schutz des Richters anrufen und einen Verfahrensmangel geltend machen. Der Richter wird den Ausschluss gegebenenfalls für ungültig erklären und den Verein dazu anhalten, das Verfahren unter Anhörung des Betroffenen zu wiederholen.

bbbb. Ausschluss ohne Grundangabe

Schliesslich ist noch auf die Bemerkung Livers¹ hinzuweisen, der der Ansicht ist, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs finde keine Anwendung, "wenn die Ausschliessung ohne Begründung erfolgt und gestattet ist. Er gilt nur, wenn auf Grund statutarischer Ausschlussgründe vorgegangen wird."

Der Anspruch auf rechtliches Gehör kann beim Ausschluss ohne Grundangabe vordergründig nicht mit der Erforschung der Wahrheit begründet werden. Wenn keine Gründe angegeben werden müssen, stellt sich die Frage schon gar nicht, ob irgendwelche Gründe verwirklicht sind.

Allerdings ist Ausschluss ohne Grundangabe nicht mit grundlosem Ausschluss gleichzusetzen. Es ist im Gegenteil keine Konstellation denkbar, in welcher der ausschliessende Verein keinen Grund für den Ausschluss hat und sei es nur eine Laune. Eine solche Statutenbestimmung kann bezwecken, den Ausschluss möglichst weitgehend der richterlichen Kognition zu entziehen. Gleichwohl wird sich das zuständige Organ Rechenschaft über das Bestehen oder Nichtbestehen gewisser Umstände geben. Dazu dient die Anhörung des Betroffenen. Auf jeden Fall kann eine allgemeine Stellungnahme des Betroffenen wesentliche Entscheidungsgrundlagen liefern.

1: ZBJV 96 398 f..

Somit ist das Mitglied gerade beim Ausschluss ohne Grundangabe immer anzuhören. Zwar kann nicht verlangt werden, dass dem Mitglied konkrete Vorhalte gemacht werden. Aber es ist ihm Gelegenheit zu geben, mindestens die Folgen des Ausschlusses für seine Person zu erläutern. Ausserdem erhält es auf diese Weise die Möglichkeit zu Vorwürfen, die ihm möglicherweise gleichwohl zu Gehör gekommen sind, Stellung zu beziehen.

Im Ergebnis ist der These Livers nicht zuzustimmen, wonach der Anspruch auf rechtliches Gehör beim Ausschluss ohne Grundangabe keine Anwendung finde.

c. Zeitpunkt und Inhalt des rechtlichen Gehörs

aa. Zeitpunkt

aaa. Oeffentliches Recht

Da das rechtliche Gehör der Wahrheitsfindung dient, ist es logischerweise vor der Entscheidung zu gewähren. Im öffentlichen Recht gilt, dass vom Erfordernis des rechtlichen Gehörs im Einzelfall abgesehen werden kann, wenn dem Betroffenen ein Rechtsmittel zusteht, mit dem er den Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht uneingeschränkt neu überprüfen lassen kann. Während dieser Grundsatz im Verwaltungsrecht vorbehaltlos gilt, findet er im Strafprozess nur für Kleinkriminalität Anwendung¹. Der Grund für diesen Unterschied liegt darin, dass eine Strafe regelmässig ein schwerer Rechtsnachteil ist. Schon die erste Instanz soll folglich einen möglichst guten Entscheid fällen, so dass dem Beschuldigten der Instanzenzug faktisch nicht verkürzt wird.

1: So kann im Aargauischen Strafprozessrecht ein Strafbefehl nur ausgefällt werden, wenn die Schuld des Beschuldigten nach den Akten nachgewiesen ist und für die strafbare Handlung eine Freiheitsstrafe von höchstens dreissig Tagen, die Verbindung einer Freiheitsstrafe von höchstens dreissig Tagen mit einer Busse oder eine Busse allein in Betracht fällt (§ 5 in Verbindung mit § 194 StPO). Wird im Strafbefehlsverfahren eine Freiheitsstrafe ausgefällt, so soll der Bezirksamtman in der Regel vorgängig den Beschuldigten persönlich anhören und ihm den Strafbefehl mündlich eröffnen (§ 196 Abs. 2 StPO). In den anderen Fällen muss keine Anhörung stattfinden.

bbb. Anwendung auf den Ausschluss

Der Ausschluss aus einem Verein kann natürlich nicht mit einer staatlichen Strafe gleichgesetzt werden. Somit hat es zu genügen, wenn dem Betroffenen einmal das rechtliche Gehör gewährt wird.

aaaa. Alleinige Zuständigkeit der Vereinsversammlung

Wenn die Vereinsversammlung als einzige Instanz über den Ausschluss befindet, ist sie in ihrem Entscheid notwendigerweise frei. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 72 Abs. 3 ZGB, der keine Einschränkung der Kognition der Vereinsversammlung vorsieht. Es ergibt sich andererseits auch aus dem Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts der Vereine¹. Dieser besagt, dass die freie Willensbildung des Vereins gewährleistet sein muss. Damit würde sich eine eingeschränkte Kognition des einzigen zuständigen Organs schlechthin nicht vertragen.

Wenn die Vereinsversammlung als einzige Instanz über den Ausschluss befindet, muss dem Betroffenen das rechtliche Gehör in der Weise gewährt werden, dass dieser vor dem Entscheid seinen Standpunkt in gehöriger Form darlegen kann. Im Ergebnis dürfte sich das rechtliche Gehör im Recht auf Teilnahme an der Vereinsversammlung erschöpfen². Dies bedeutet andererseits, dass der Betroffene nicht von der Teilnahme an der Vereinsversammlung ausgeschlossen werden kann.

bbbb. Alleinige Zuständigkeit eines anderen Organs

Gleiches gilt für den Fall, dass die alleinige Zuständigkeit eines anderen Organs, beispielsweise des Vorstandes, für den Ausschluss besteht. Selbst wenn das auszuschliessende Mitglied dem zuständigen Organ nicht angehört, muss es an der entscheidenden Versammlung teilnehmen dürfen und seinen Standpunkt darlegen können.

1: Vgl. Seite 231 f..

2: So Forstmoser für die Genossenschaft N 24 zu Art. 846 OR.

cccc. Mehrere Instanzen

Eine der mehreren Instanzen muss in ihrem Entscheid notwendigerweise frei sein. Dies folgt aus dem oben erwähnten Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts der Vereine. Wie im Verwaltungsrecht genügt es, wenn der Betroffene einmal zu Wort kommt. Der Zweck der Wahrheitsfindung wird allerdings nur erreicht, wenn das auszuschliessende Mitglied vor einer Instanz zu Wort kommt, die in ihrem Entscheid frei ist. Haben mehrere Instanzen uneingeschränkte Kognition, so ist das Mitglied in einer von ihnen anzuhören.

bb. Inhalt

Abschliessend sollen die Mindestanforderungen dargestellt werden, die mit Rücksicht auf das rechtliche Gehör an das Verfahren zu stellen sind.

M. E. ist für diese Frage dem Bundesgericht darin uneingeschränkt Recht zu geben, dass keine Rede davon sein kann, dass dem auszuschliessenden Mitglied das rechtliche Gehör in gleicher Weise wie einer Partei im Zivilprozess oder einem Beamten im Disziplinarverfahren vor staatlichen Instanzen zu gewähren ist¹. Dies ergibt sich schon aus dem in aller Regel einfachen Verfahren, das die Vereine vorsehen.

Dem Postulat der Wahrheitsfindung wird genügt, wenn das Mitglied zu den ihm gemachten Vorwürfen Stellung nehmen und vorbringen kann, was nach seiner Ansicht zu seinen Gunsten spricht. Dies bedeutet im einzelnen, dass dem Betroffenen mitgeteilt werden muss, dass er ausgeschlossen werden soll. Zudem ist ihm der Ausschlussgrund zu nennen. Dies gilt nur beim Ausschluss ohne Grundangabe nicht. Die Mitteilung des Grundes bestimmt das Thema eines allfälligen Anfechtungsprozesses². Beruft sich der Verein vor Gericht auf einen anderen als den im vereinsinternen Verfahren

1: BGE 85 II 543.

2: Vgl. Seite 120.

geltend gemachten Ausschlussgrund, und hatte der Betroffene keine Möglichkeit, sich dazu zu äussern, so leidet der Ausschluss an einem Verfahrensmangel, da dem Betroffenen das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde.

Schliesslich muss das auszuschliessende Mitglied Gelegenheit haben, sich zu den vorgebrachten Vorwürfen zu äussern. Beim Ausschluss ohne Grundangabe genügt es, wenn der Betroffene in allgemeiner Weise zu Wort kommt. Gelegenheit zur Äusserung kann dem Mitglied beispielsweise dadurch gegeben werden, dass es an der Vereinsversammlung teilnehmen und dort seine Meinung sagen kann¹. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Regel des Bundesgerichts, wonach es genüge, wenn das betreffende Vereinsmitglied in diskutablen Fällen seine Einwendungen in irgendeiner Form vorbringen könne, bevor der Ausschluss angeordnet wird², Präzisierungen erfährt. Vorab ist der "diskutable" Fall zu bestimmen³. In diskutablen Fällen muss der Betroffene irgendeinmal, bevor der Ausschluss endgültig angeordnet wird, zu Wort kommen⁴. Inhaltlich genügt es schliesslich, dass der Betroffene in diesen Fällen Gelegenheit hat, zu den vorgebrachten Vorwürfen Stellung nehmen⁵.

II. Entscheid

A. Aufgaben des zuständigen Organs

1. Materielle Rechtsanwendung

Nachfolgend werden die Regeln der materiellen Rechtsanwendung dargestellt. Sie gelten, sofern das zuständige Organ in seinem Entscheid frei ist, d. h. keinen statutarischen Beschränkungen

1: So allgemein für das Genossenschaftsrecht: Forstmoser N 24 zu Art. 846 OR.

2: BGE 85 II 543.

3: Seite 102 f..

4: Seite 106 f..

5: Seite 107 f..

unterliegt. Unter dieser Voraussetzung sind die nachfolgenden Regeln auch auf das Vorgehen einer vereinsinternen Rekursinstanz anwendbar.

a. Ausschluss ohne Grundangabe

In materieller Hinsicht bestehen beim Ausschluss ohne Grundangabe keinerlei Vorschriften. Dieser steht nämlich vollständig im Ermessen des zuständigen Organs.

b. Ausschluss mit Grundangabe oder aus wichtigen Gründen

aa. Sachverhaltsermittlung und Subsumtion

Beim Ausschluss aus statutarischen bzw. aus wichtigen Gründen hat das zuständige Organ vorerst den Sachverhalt zu ermitteln. Danach ist dieser unter den Tatbestand zu subsumieren. Bei fehlender Statutenbestimmung ist zu prüfen, ob der festgestellte Sachverhalt einen wichtigen Grund darstellt.

bb. Anwendung der Rechtsfolge

aaa. Problem

Mitunter wird erklärt, der Verband könne ein Mitglied ausschliessen, das einen Ausschliessungsgrund gesetzt habe, müsse dies aber nicht tun¹. Für das Genossenschaftsrecht wird diese Ansicht damit erklärt, dass die Ausschliessung im Ermessen des Vereins stehe und der Richter diesen Entscheid nicht überprüfen dürfe, da sonst ein unzulässiger Eingriff in das genossenschaftliche Selbstbestimmungsrecht vorläge². Diese Auffassung ist näher zu untersuchen.

aaaa. Unbestimmte Rechtsfolge

Wenn für einen Tatbestand eine unbestimmte Rechtsfolge vorgesehen ist, hat das zuständige Organ Ermessen, nämlich Entschliessungs- oder Auswahlermessen³.

1: So ohne Begründung Forstmoser N 27 zu Art. 846 OR; Winkler 177.

2: Paulick 151.

3: Vgl. dazu Seite 36 f..

bbbb. Bestimmte Rechtsfolge

Bei Vorliegen bestimmter Rechtsfolgen deutet methodisch zunächst nichts auf ein Ermessen des zuständigen Organs hin.

Ein Vergleich mit den Aufgaben des Richters im Zivil- oder Strafprozess ist ebensowenig angängig wie die analoge Anwendung der Regeln im Disziplinarrecht¹. Die Aufgabe eines Vereinsorgans kann nicht mit derjenigen eines staatlichen Richters verglichen werden.

bbb. Lösung

aaaa. Grundsatz

Es ist wiederum davon auszugehen, dass das Ausschlussrecht ein Gestaltungsrecht ist². Wie alle privatrechtlichen Rechte können Gestaltungsrechte grundsätzlich nach Belieben ausgeübt werden. Der Vermieter kann dem Mieter kündigen oder auch nicht. Man kann seine Schuld gegenüber seinem Gläubiger mit einer Forderung diesem gegenüber verrechnen, dies aber auch unterlassen. Dies gilt auch für den Ausschluss aus dem Verein: Bei Vorliegen eines (statutarischen oder gesetzlichen) Ausschlussgrundes kann das zuständige Organ ein Mitglied ausschliessen oder dies auch unterlassen. Somit steht dem Verein Entschliessungsermessen zu. Dies gilt auch bei Vorliegen bestimmter Rechtsfolgen. Im Ergebnis steht dem zuständigen Vereinsorgan somit in jedem Fall mindestens Entschliessungsermessen zu³.

1: Dies schlägt Meyer-Cording 96 vor.

2: Vgl. Seite 11 f..

3: Vgl. Seite 37 f.

bbbb. Ausnahme

Die Vereine können dem zuständigen Organ statutarisch die Pflicht auferlegen, bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes den Ausschluss vorzunehmen. In diesem Falle genießt das entscheidende Organ kein Entschliessungsermessen. Dieser Fall dürfte jedoch selten vorkommen.

Ein Beispiel, bei welchem dem Verein kein Ermessen zusteht, ist das "automatische Erlöschen der Mitgliedschaft". Dadurch, dass die Statuten an einen Tatbestand die automatische Rechtsfolge des Verlustes der Mitgliedschaft knüpfen, dokumentieren sie, dass dieser nicht im Ermessen eines Vereinsorgans steht. Zudem wird in diesem Fall auch kein Entscheid gefällt.

2. Formelle Rechtsanwendung

a. Zwingende Verfahrensvorschriften

Das zuständige Organ hat die zwingenden Verfahrensvorschriften zu beachten. Dazu gehören die Pflicht zur Einberufung des entscheidenden Organs, der Ausschluss des Betroffenen vom Stimmrecht und der Anspruch auf rechtliches Gehör¹.

b. Statutarische Verfahrensvorschriften

Selbstverständlich hat sich der Verein an statutarische Verfahrensvorschriften zu halten, die weiter gehen als das zwingende Gesetzesrecht.

c. Dispositive gesetzliche Verfahrensvorschriften

Bei Fehlen statutarischer Verfahrensvorschriften sind die vorne² entwickelten dispositiven Verfahrensvorschriften einzuhalten.

1: Vgl. Seite 80 ff.; 86 f.; 88 ff..

2: Seite 77 ff..

B. Einzelfragen

1. Verschulden

Es stellt sich die Frage, ob der Ausschluss eines Mitglieds stets dessen schuldhaftes Verhalten voraussetzt oder nicht.

a. Lehrmeinungen

Ohne Begründung vertritt Forstmoser¹ die Meinung, es sei nicht erforderlich, dass die Ausschliessungsgründe ein schuldhaftes Verhalten des Auszuschliessenden beinhalteten.

Anderer Meinung ist z. B. Meyer-Cording². Dieser untersucht den Ausschluss aber nur insoweit, als er eine Vereinsstrafe darstellt, d. h. Folge eines Verstosses gegen bestimmte Pflichten ist³. Daneben kann der Ausschluss auch aus Gründen vorgenommen werden, "bei denen von einem Pflichtenverstoss keine Rede sein kann"⁴.

Meyer-Cording begründet das Erfordernis des Verschuldens damit, dass schon die Vereine selbst dazu neigten, Verschulden zu fordern⁵. Tatbestände wie das ehrenrührige Verhalten und der Verstoss gegen das Standesbewusstsein setzten ein subjektiv verwerfliches Verhalten voraus. Andernfalls fehle es nämlich an einem in der Gruppenmoral begründeten Vorwurf.

Die Ansicht von Meyer-Cording ist einerseits nicht auf alle Fälle des Ausschlusses anwendbar. Andererseits geht sie von der Auslegung der Statuten aus, sagt also nichts darüber, was bei fehlender Statutenbestimmung gilt.

Eine vermittelnde Meinung vertritt Paulick⁶ für das deutsche Genossenschaftsrecht. Er ist der Ansicht, dass der Ausschluss dem Grundsatz nach ein schuldhaftes Verhalten voraussetze. Paulick begründet das Erfordernis des Verschuldens damit, dass ein Mitglied sehr leicht gegen die verschiedenen, ihm obliegenden Pflich-

1: Forstmoser N 11 zu Art. 846 OR.

2: Meyer-Cording 29 ff; ders., JZ 651 f..

3: Meyer-Cording 24.

4: A. a. O..

5: Meyer-Cording 29.

6: Paulick 150.

ten verstossen könne und es mit Treu und Glauben nicht immer vereinbar sei, die Rechtsfolge des Ausschlusses schon an die blosser Erfüllung des Tatbestandes zu knüpfen. Ausnahmen seien zulässig, müssten aber in der Satzung klar und ausdrücklich festgelegt sein¹. Auch diese Lehrmeinung gibt keine Antwort auf die Frage, ob bei fehlender Statutenbestimmung ein schuldhaftes Verhalten des Mitglieds erforderlich ist.

b. Eigene Meinung

Im folgenden ist eine eigene Meinung zu entwickeln, die einerseits auf alle Fälle des Ausschlusses aus dem Verein anwendbar ist, also nicht nur Fälle umfasst, die Meyer-Cording² als Vereinsstrafe bezeichnet. Andererseits muss die vorgeschlagene Lösung auch auf die Frage eine Antwort geben, was bei fehlender Statutenbestimmung gilt.

aa. Gesetzliches Ausschlussrecht

aaa. Wichtiger Grund

Bei fehlender Statutenbestimmung darf ein Ausschluss nur aus wichtigen Gründen erfolgen (Art. 72 Abs. 3 ZGB). Ein solcher liegt vor, wenn ein Mitglied für den Verein untragbar geworden ist³. Entscheidend ist nicht in erster Linie das Verhalten des Betroffenen. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass die Unzumutbarkeit des Weiterbestandes der Mitgliedschaft für den Verein vorliegt. Ein Mitglied kann nun aber untragbar werden, ohne dass es ein Verschulden daran trifft. Als Beispiel sei der Ausschluss aus einem Gesangsverein wegen ungenügender Gesangsleistung genannt. Dies stellt einerseits zweifellos einen wichtigen Grund dar. Andererseits kann auch ein Mitglied, das seine Stimme durch eine unverschuldete Erkrankung verliert, für den Verein untragbar werden. Der Begriff des wichtigen Grundes setzt somit nicht notwendig ein schuldhaftes Verhalten des Auszuschliessenden voraus.

1: Paulick 150.

2: Meyer-Cording 24.

3: Vgl. dazu Seite 64.

bbb. Ausschluss als Kündigung

Der Ausschluss stellt die Kündigung der Mitgliedschaft durch den Verein dar¹. Die Kündigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch welches ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht ausgeübt wird². Sie hat zwei verschiedene Funktionen: In einigen Fällen bewirkt sie die Fälligkeit einer Forderung, in anderen die Aufhebung eines Schuldverhältnisses³. Im vorliegenden Zusammenhang ist die Kündigung nur von Bedeutung, sofern sie die Aufhebung eines Schuldverhältnisses herbeiführt.

Auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Kündigungsrechte finden sich in Art. 267, 290, 336 ff. und 546 OR⁴.

Das in Art. 267 OR festgelegte Kündigungsrecht des Mieters und des Vermieters bei Mietverhältnissen, die auf unbestimmte Zeit eingegangen wurden, besteht unter der einzigen Voraussetzung, dass bestimmte Kündigungsfristen eingehalten werden, die je nach der Art des Mietobjektes verschieden sind. Das Gleiche gilt für das Kündigungsrecht des Pächters bzw. des Verpächters (Art. 290 OR). Auch der Arbeitsvertrag kann von jedem Beteiligten unter Einhaltung bestimmter Fristen ohne weitere Voraussetzungen gekündigt werden (Art. 336 ff. OR).

Die auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters geschlossene einfache Gesellschaft kann von jedem Gesellschafter auf sechs Monate gekündigt werden (Art. 546 Abs. 1 OR).

In Ermangelung gesetzlicher Vorschriften oder einer entsprechenden Verabredung ist auch bei Dauerverträgen anderen Inhalts ein Kündigungsrecht mit einer den Umständen angemessenen Frist anzunehmen⁵. Dieser summarische Ueberblick zeigt, dass das Kündigungsrecht ausgeübt werden kann, ohne dass den Empfänger der Erklärung ein Verschulden treffen muss.

1: Seite 12.

2: Von Tuhr/Escher 48 f..

3: Von Tuhr/Peter 24 bei N. 16; von Tuhr/Escher 49 bei N. 41 und 167.

4: Von Tuhr/Escher 167 bei N. 51.

5: Von Tuhr/Escher 167 bei N. 51 mit Hinweisen.

ccc. Ergebnis

Aus dem Begriff des wichtigen Grundes und der Analogie zur Kündigung ergibt sich, dass der Ausschluss aus wichtigen Gründen gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB kein schuldhaftes Verhalten des Betroffenen voraussetzt. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass ein Verschulden vorliegen kann.

bb. Statutarisches Ausschlussrecht

aaa. Ausschluss mit Grundangabe

aaaa. Allgemeines

aaaaa. Ausschlussgrund

Es ist unmöglich, einen nur annähernd umfassenden Ueberblick über mögliche Ausschlussgründe zu geben. Es liegt aber auf der Hand, dass der Ausschluss oft für die Verletzung bestimmter Pflichten angedroht wird. In diesen Fällen wird die Auslegung der Statuten in der Regel ergeben, dass ein schuldhaftes Verhalten des Betroffenen vorausgesetzt wird. Wenn die Statuten beispielsweise den Ausschluss aus einer religiösen Gemeinschaft wegen Wechsels des Bekenntnisses, aus einer Partei wegen Unvereinbarkeit der politischen Anschauungen und aus einem geselligen Verein wegen strafgerichtlicher Verfolgung vorsehen, so liegt in der religiösen oder politischen Abtrünnigkeit bzw. in der Zuwiderhandlung gegen die Strafgesetze ein Verschulden¹.

Dagegen kann beispielsweise die Tatsache der Konkurseröffnung, die den Ausschluss zur Folge haben kann, im Einzelfall unverschuldet sein. Man denke nur an einen Konkurs, dessen Ursache in einer allgemeinen Wirtschaftskrise liegt.

bbbbb. Ausschluss als Kündigung

Auch der Ausschluss aus bestimmten, statutarisch angeführten Gründen ist eine Kündigung. Diese setzt nicht unbedingt ein Verschulden des Empfängers der Erklärung voraus.

1: Beispiele bei Meyer-Cording 29.

cccc. Ergebnis

Bei statutarischen Ausschlussgründen ist durch Auslegung der Statuten zu ermitteln, ob die Ausschlussgründe ein schuldhaftes Verhalten voraussetzen oder nicht. Ist der Auslegung keine Antwort zu entnehmen, so ergibt sich m. E. aus der Natur des Ausschlusses als einer Kündigung, dass dieser auch vorgenommen werden kann, ohne dass den Betroffenen ein Verschulden trifft.

bbbb. Beispiel: Mahnung als Voraussetzung des Ausschlusses wegen Nichtbezahlung des Mitgliederbeitrages

In einem Fall, mit dem die "Cour de justice" von Genf befasst war¹, waren zwei Mitglieder aus einer Sterbekasse ausgeschlossen worden, weil sie einen Jahresbeitrag nicht bezahlt hatten. Die ausgeschlossenen Mitglieder, ein Ehepaar, machten geltend, sie hätten vergessen, den Jahresbeitrag einzuzahlen, weil die Ehefrau während des betreffenden Jahres schwer krank gewesen sei und mehrere gefährliche Operationen habe überstehen müssen. Im übrigen hätten sie nie eine Mahnung erhalten.

Das mit der Sache befasste Zivilgericht erklärte², zwar könne das Nichtbezahlen eines Jahresbeitrages einen Ausschlussgrund darstellen. Aber vorher müsse das Mitglied gemahnt werden. Es würde dem Zweck des Vereins widersprechen, wenn Mitglieder, die, sobald sie vom Versäumten Kenntnis erhalten hätten, den Jahresbeitrag ohne weiteres einbezahlten, ohne Mahnung ausgeschlossen werden könnten. Der Verein habe die statutarische Ausschlussbestimmung falsch ausgelegt.

1: Semjud 58 537 ff.; SJZ 33 170.

2: Semjud 58 542.

Da die einschlägigen Statutenbestimmungen in der Publikation des Entscheides nicht abgedruckt sind, kann dieser nicht überprüft werden. Immerhin ist der Ansatz der Begründung richtig: Die Frage, ob der Ausschluss wegen Nichtbezahlung des Mitgliederbeitrages eine Mahnung voraussetzt, ist durch die Auslegung der Statuten zu beantworten, sofern diese nicht eine ausdrückliche Bestimmung darüber enthalten.

Keineswegs erfordert die Ausschlussbestimmung der Nichtbezahlung der Jahresprämie aber in jedem Fall eine Mahnung, wie schon behauptet wurde¹. Sofern die Statuten kein Verschulden voraussetzen, was durch Auslegung zu ermitteln ist, ist der Ausschluss vielmehr ohne Verschulden, d. h. ohne Mahnung, zulässig.

bbb. Ausschluss ohne Grundangabe

Beim Ausschluss ohne Grundangabe ist kein schuldhaftes Verhalten des Betroffenen erforderlich. Wenn nämlich kein Grund angegeben werden muss, dann kann auch kein "Grund" verschuldet sein.

1: SJZ 33 170.

2. Grundsatz "ne bis in idem"

In der deutschen Lehre¹ und Rechtsprechung² ist anerkannt, dass das zuständige Vereinsorgan den Grundsatz "ne bis in idem" zu beachten hat. Danach ist es unzulässig, ein Mitglied wegen des gleichen Sachverhalts zu rügen und etwas später auszuschliessen.

Dem ist zuzustimmen. Dass es sich bei der Vereinstrafe im allgemeinen und beim Ausschluss im besonderen nicht um Kriminalstrafrecht handelt, ist unerheblich. Die Ausübung des Ausschlusses erfolgt, indem das zuständige Organ einen negativen bzw. aufhebenden Gestaltungsakt setzt³. Die Ausübung der Gestaltungsrechte besteht beim Ausschluss aus dem Verein in einer an den Gegner gerichteten, somit empfangsbedürftigen Willenserklärung des zuständigen Organs⁴. Daran ändert nichts, dass nicht der Wille einer einzigen Person, sondern in der Regel ein Beschluss notwendig ist. Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind bis zum Eintreffen nicht vollendet. Sie können vom Absender widerrufen werden⁵. Gemäss Art. 9 OR⁶ ist der Widerruf wirksam, wenn er vor oder gleichzeitig mit der Erklärung beim Adressaten eintrifft oder wenn der Adressat bei späterem Eintreffen des Widerrufs von diesem früher als von der widerrufenen Erklärung Kenntnis bekommt.

1: Ennecerus-Nipperdey 679; Meyer-Cording 83.

2: Hinweise bei Meyer-Cording 83 Anm. 38. Dort finden sich auch Hinweise auf amerikanische und französische Entscheide, die die gleiche Anforderung stellen.

3: Bötticher 27 ff; Daeniker 121; Hartmann N 7 zu Art. 577 OR; von Tuhr 196; von Tuhr/Peter 24 f.

4: Von Tuhr/Peter 25 f..

5: Von Tuhr/Peter 171 f..

6: Art. 9 OR spricht zwar von Antrag und Annahme, ist aber auch auf andere Willenserklärungen anzuwenden; von Tuhr/Peter 171 Anm. 171.

Diese Regeln können zwangslos auch auf den Ausschluss aus dem Verein angewendet werden. Wenn das zuständige Organ einen bestimmten Sachverhalt beurteilt hat und der Entscheid dem Betroffenen zur Kenntnis gebracht wird, ist das Gestaltungsrecht ausgeübt worden. Es kann nicht ein zweites Mal ausgeübt werden. Im Ergebnis muss der Grundsatz "ne bis in idem" somit anerkannt werden.

3. Bedingter Ausschluss

Gestaltungsgeschäfte sind in der Regel bedingungsfeindlich. Sie können nicht unter einer Bedingung abgegeben werden, durch welche eine dem Gegner nicht zumutbare Unsicherheit der Rechtslage entsteht¹. Andererseits beeinträchtigen Bedingungen die Gültigkeit einer Erklärung nicht, wenn der Adressat rechtzeitig Kenntnis vom Eintritt der Bedingung erhält².

Dies gilt auch für den Ausschluss. Bedingungen sind nur gültig, wenn das betroffene Mitglied über seine Rechtslage völlig im klaren ist³. So ist es zulässig, ein Mitglied unter der Bedingung auszuschliessen, dass es nicht innert fünf Tagen den ausstehenden Jahresbeitrag bezahlt. Die Rechtslage ist eindeutig. Mitglied und Verein wissen, woran sie sind. Unwirksam ist dagegen ein Ausschluss unter der Bedingung, dass das Mitglied seine Haltung nicht ändert. Hier ist nichts klar. In diesem Fall ist es richtiger, das Mitglied vorerst einmal zu ermahnen. Erst wenn die Mahnungen nichts fruchten, kann der Ausschluss vorgenommen werden.

1: Von Tuhr/Escher 262.

2: A. a. O. 263.

3: So auch Staudinger N 7c zu § 35 BGB; A. M. Meyer-Cording 83.

C. Eröffnung und Begründung des Entscheids

Der Ausschluss wird durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt¹. Schon daraus ergibt sich, dass er mitzuteilen ist², da er erst mit der Kenntnisaufnahme durch das Mitglied wirksam wird³. Vorschriften für die Form der Mitteilung bestehen keine. Allerdings ist zu beachten, dass der Verein die Beweislast für die Richtigkeit des Ausschlusses trägt⁴. Im Bestreitungsfall hat er auch zu beweisen, dass das Mitglied Kenntnis vom Ausschluss erhalten hat. Somit empfiehlt es sich, die Massnahme durch eingeschriebenen Brief mitzuteilen. Wenn der Ausschluss durch ein Organ vorgenommen wurde, an deren Zusammenkunft das ausgeschlossene Mitglied teilgenommen hat, ist die Mitteilung des Entscheids natürlich schon mit dessen Eröffnung durch den Vorsitzenden erfolgt.

Ein Ausschluss, der aus bestimmten Gründen vorgenommen wird, ist zu begründen⁵. Das ausgeschlossene Mitglied wird seine Verteidigung vor einer allenfalls vorgesehenen vereinsinternen Rechtsmittelinstanz davon abhängig machen⁶. Zudem bilden die angeführten Gründe die Grundlage einer richterlichen Überprüfung. Selbstverständlich müssen bei einem Ausschluss ohne Grundangabe keine Gründe angegeben werden⁷.

Mit der Mitteilung werden die Gründe fixiert. Diese sind für ein späteres gerichtliches Verfahren massgebend⁸.

1: Vgl. Seite 12; Reichsgericht, in JW 06 7.

2: Im Ergebnis ebenso Forstmoser N 26 zu Art. 846 OR; Meyer-Cording 84; Paulick 152.

3: Vgl. dazu nachfolgend Seite 121.

4: Vgl. Seite 153 ff..

5: Ennecerus Nipperdey 679; Forstmoser N 26 zu Art. 846 OR; Meyer-Cording 84; Staudinger N 9 zu § 35 BGB

6: Meyer-Cording 84.

7: Meyer-Cording 85; Staudinger N 9 zu § 35 BGB.

8: Meyer-Cording 84.

D. Wirkung des Ausschlusses

Da der Ausschluss durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt wird, kann er frühestens mit der Kenntnisnahme des Entscheids durch das Mitglied wirksam werden. Für den Zeitpunkt der Kenntnisnahme trägt der Verein die Beweislast¹.

Eine andere Frage ist dagegen, wann der Ausschluss spätestens wirksam wird. Dies hängt davon ab, ob Klage erhoben wird oder nicht und ob für die Wirkungen der Klageerhebung statutarische Vorschriften bestehen².

III. Zuständigkeit mehrerer vereinsinterner Organe (Vereinsinterner Instanzenzug)

Bevor die Wirkungen des vereinsinternen Instanzenzuges untersucht werden können, müssen einige allgemeine Fragen geprüft werden.

A. Allgemeines

1. Zulässigkeit eines vereinsinternen Instanzenzuges

Daraus, dass Art. 63 Abs. 1 und Art. 72 Abs. 3 ZGB den Vereinen völlige Freiheit lassen, wie sie das Ausschlussverfahren regeln wollen, muss geschlossen werden, dass es ihnen auch freisteht, eine vereinsinterne Anfechtungsmöglichkeit einzuführen.

Da zudem die Vereine die Vereinsversammlung völlig ausschliessen können, dürfen sie sich auch mit weniger begnügen und dieser eine bloss eingeschränkte Kognition einräumen. Dies gilt natürlich auch für jede andere statutarisch vorgesehene vereinsinterne Rechtsmittelinstanz, da sich das Gesetz darüber völlig ausschweigt.

1: Vgl. Seite 153 ff..

2: Vgl. dafür Seite 134 ff..

2. Zuständigkeit

a. Statutarische Regelung

Wie gezeigt¹ ist die Vereinsversammlung kraft dispositiven Gesetzesrechts befugt, den Ausschluss eines Mitglieds vorzunehmen. Statutarisch kann aber die Zuständigkeit jedes beliebigen Vereinsorgans begründet werden.

Im Genossenschaftsrecht kann der Ausschluss in die Zuständigkeit der Verwaltung gestellt werden, sofern sich dies aus den Statuten zweifelsfrei ergibt². Dem durch die Verwaltung ausgeschlossenen Mitglied kann gemäss Art. 846 Abs. 3 Satz II OR der Rekurs an die Generalversammlung aber nicht verwehrt werden³. Unerheblich ist, wie die Statuten das Rekursrecht bezeichnen. Die Generalversammlung ist in jedem Fall in ihrem Entscheid frei⁴.

Es stellt sich die Frage, ob auch im Vereinsrecht die Vereinversammlung abschliessend über einen Ausschluss befinden muss, wenn dieser von einem anderen Vereinsorgan vorgenommen wurde.

Aus Art. 72 Abs. 3 ZGB ergibt sich e contrario, dass der Ausschluss bei fehlender statutarischer Zuständigkeitsvorschrift durch die Vereinsversammlung vorgenommen werden muss. Dies gilt unabhängig davon, aus welchen Gründen der Ausschluss zulässig ist. Dem Art. 72 Abs. 3 ZGB kann aber keine Pflicht entnommen werden, in jedem Falle letztlich die Vereinsversammlung entscheiden zu lassen. Dies mag insbesondere in den Fällen des Ausschlusses ohne Grundangabe bedauert werden. Letztlich ist es aber die Konsequenz der den Vereinen eingeräumten Autonomie. Im Gegensatz zu der bloss subsidiären Zuständigkeit der Vereinsversammlung ist das zwingende Rekursrecht an die Generalversammlung für das Genossenschaftsrecht in Art. 846 Abs. 3 Satz II OR ausdrücklich vorgeschrieben.

1: Seite 77 ff..

2: Forstmoser N 34 zu Art. 846 OR.

3: Forstmoser N 37 zu Art. 846 OR.

4: Forstmoser a.a.O.

b. Fehlende statutarische Regelung

Sollten die Statuten zwar bestimmen, dass eine Rekursmöglichkeit gegen den Ausschluss besteht, ohne jedoch die Zuständigkeit zu regeln, so ist in erster Linie ein allfällig vorgesehenes Organ zuständig, das über andere Beschlüsse als Rechtsmittelinstanz entscheidet. Subsidiär ist anzunehmen, dass die Vereinsversammlung zuständig ist, da diese gemäss Art. 64 Abs. 1 ZGB das oberste Vereinsorgan ist.

3. Rechtsmittelarten

a. Statutarische Regelung

Die Vereine können eine Appellation im strengen römisch- und gemeinrechtlichen Sinne¹ einführen, die wegen unrichtiger materieller Beurteilung auf Ersetzung des angefochtenen Entscheides durch einen besseren geht. In diesem Falle liegt ein reformatorisches Rechtsmittel vor². Das Rechtsmittel kann aber auch als reine Nichtigkeitsbeschwerde ausgestaltet sein, die wegen Verstössen gegen das Verfahren auf Vernichtung des angefochtenen Entscheides zielt, also kassatorische Wirkung hat³. Seltener wird wohl eine Wiederherstellung vorliegen, die auf Wiederaufnahme des Prozesses und nochmalige Beurteilung geht⁴.

Wie die meisten Zivilprozessgesetze⁵ werden die Vereine in der Regel aber auf eine strenge Unterscheidung nach dem dargestellten römisch- und gemeinrechtlichen Sinne verzichten und dem Rechtsmittel verschiedene Eigenschaften zukommen lassen. Auf eine eingehende Darstellung der möglichen Ausgestaltungen kann an dieser Stelle verzichtet werden.

Nicht entscheidend ist im übrigen die Bezeichnung des Rechtsmittels. Im Einzelfall muss dessen Bedeutung durch Auslegung der Statuten ermittelt werden.

1: Eichenberger 261.

2: Guldener 487.

3: Eichenberger 261; Guldener 487.

4: Eichenberger 261.

5: Eichenberger 261.

Im folgenden wird das Rechtsmittel der Einfachheit halber als "Rekurs" bezeichnet, ohne dass dieser Bezeichnung aber eine bestimmte Bedeutung zukäme.

b. Fehlende statutarische Regelung

Bei fehlender statutarischer Regelung der Art des Rekurses und der Befugnisse der Rechtsmittelinstanz ist anzunehmen, dass diese in ihrem Entscheid frei ist. Somit darf sie den vorinstanzlichen Entscheid in materieller und formeller Hinsicht uneingeschränkt überprüfen.

B. Frist

1. Statutarische Regelung

Gemäss Art. 63 Abs. 1 ZGB können die Statuten bestimmen, innert welcher Frist ein vereinsinterner Rekurs erhoben werden muss.

2. Fehlende statutarische Regelung

Das Gesetz schweigt sich natürlich auch über die Rekursfrist aus, nachdem es überhaupt keine Vorschriften über den vereinsinternen Instanzenzug enthält.

Im Gegensatz dazu regelt Art. 846 Abs. 3 Satz II OR das Rekursrecht für das Genossenschaftsrecht. Der Rekurs darf dem durch die Verwaltung ausgeschlossenen Genossenschafter nicht verwehrt werden¹. Hier hätte folglich ein Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung bestanden.

Capitaine² hat vorgeschlagen, bei fehlender statutarischer Regelung die dreimonatige Frist für die Anfechtungsklage beim Richter (Art. 846 Abs. 3 Satz III OR) analog anzuwenden. Dem ist Forstmoser³ mit der Ansicht entgegengetreten, innerhalb dieser Dreimonatsfrist müsse nicht unbedingt eine Generalversammlung stattfinden. Ueberdies habe es der Ausgeschlossene nicht in der

1: Forstmoser N 37 zu Art. 846 OR.

2: Capitaine 4.

3: Forstmoser N 39 zu Art. 846 OR.

Hand, die Einberufung einer Versammlung durchzusetzen. Bei fehlender Statutenbestimmung sei vielmehr zu verlangen, dass der Rekurs zuhanden der nächsten Generalversammlung eingereicht werden müsse, sofern dies unter Beachtung einer angemessenen Bedenkzeit möglich sei.

M. E. trifft diese Begründung nicht zu. Sie unterscheidet nämlich nicht zwischen der Frage, innert welcher Frist der Rekurs zu erheben, und derjenigen, wann dieser Rekurs zu behandeln ist. Die Frist dient der Klarheit, ob der Betroffene von einem Rechtsmittel Gebrauch macht. Sie hat mit der Frage, wann über das Rechtsmittel zu entscheiden ist, nichts zu tun. Somit ist nicht ersichtlich, weshalb während der dreimonatigen Frist eine Generalversammlung stattzufinden hat. Dies kann schon deshalb nicht zutreffen, weil über den Rekurs erst nach Ablauf der Frist zu entscheiden sein wird.

Im Vereinsrecht kommt dazu, dass über den Rekurs nicht immer die Vereinsversammlung entscheidet. In einigen - meist grossen - Verbänden bestehen eigens dafür geschaffene Organe. Diese treten nur im Bedarfsfalle zusammen. Bei Zuständigkeit dieser Organe kann die Ansicht nicht richtig sein, wonach das Rechtsmittel zuhanden der nächsten Sitzung eingereicht werden muss. Zwar ist zuzugeben, dass die Statuten die Rekursfrist regeln werden, wenn sie schon ein besonderes Rekursorgan schaffen. Gleichwohl entbindet dies nicht von der Aufgabe, die gestellte Frage zu beantworten.

In Anbetracht aller angeführten Umstände bleibt als einzige sinnvolle Lösung die von Capitaine für das Genossenschaftsrecht vorgeschlagene analoge Anwendung der Frist für die Anfechtungsklage. Vereinsinterne Rechtsmittel sind somit innert Monatsfrist seit Kenntnisnahme vom erstinstanzlichen Beschluss zuhanden des zuständigen Organs einzureichen. Diese Lösung trägt der Rechtssicherheit Rechnung, da nach Ablauf der Frist feststeht, ob das Mit-

glied von seinem Rekursrecht Gebrauch gemacht hat oder nicht¹. Ausserdem schafft sie in kurzer, nämlich einmonatiger Frist eine klare Situation².

C. Wirkung des Rekurses³

1. Statutarische Regelung

Wieder kann dem Gesetz natürlich nicht entnommen werden, ob dem vereinsinternen Rekurs Suspensivwirkung zukommt oder nicht oder ob bloss einzelne Mitgliedschaftsrechte und -pflichten ruhen sollen. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung⁴ kann die Rechtsstellung des gegen den Ausschluss rekurrierenden Mitglieds gemäss Art. 63 Abs. 1 ZGB statutarisch völlig frei geregelt werden.

a. Suspensivwirkung

Die Statuten können festlegen, dass ein Rekurs aufschiebende Wirkung hat. Dies bedeutet, dass schon dessen Einreichung die Rechtskraft des Ausschlussbeschlusses automatisch aufschiebt. Logischerweise dauert die Mitgliedschaft in diesem Falle mindestens bis nach Ablauf der Rekursfrist mit allen Rechten und Pflichten weiter, sofern das Mitglied den erstinstanzlichen Ausschlussbeschlusses nicht anerkennt und auf den Rekurs verzichtet. Erst nach Ablauf der Rekursfrist ist nämlich - von der soeben erwähnten Ausnahme abgesehen - ersichtlich, ob vom Rekursrecht Gebrauch gemacht worden ist. Wird dies in Anspruch genommen, so dauert die Mitgliedschaft mindestens bis zum Entscheid⁵ der vereinsinternen Rechtsmittelinstanz weiter.

1: Vgl. Seite 146 ff. für die Konsequenzen, die sich aus Gebrauch oder Nichtgebrauch des Rechtsmittels ergeben.

2: Vgl. für die Begründung der einmonatigen Frist nachfolgend Seite 145 f..

3: Welche Wirkung ein vereinsinterner Instanzenzug auf die Anfechtungsklage hat, wird erst bei der Behandlung der Klage untersucht. Hier werden bloss die Fragen untersucht, die sich im Zusammenhang mit vereinsinternen Rechtsmitteln unabhängig von der Anfechtungsklage stellen.

4: BGE 57 II 124 f. Für die Genossenschaft: BGE 72 II 113; Bernheimer 53 f. ; Forstmoser N 40 zu Art. 846 OR; Patry 42.

5: Dafür, ob der gerichtlichen Klage Suspensivwirkung zukommt, vgl. Seite 134 ff..

b. Keine Suspensivwirkung

Ordnen die Statuten aber ausdrücklich an, dass dem Rekurs keine Suspensivwirkung zukommt, so erlischt die Mitgliedschaft mit Kenntnissnahme durch das Mitglied automatisch¹. Da die Ausschlussung ein Gestaltungsakt ist, dessen Ausübung in einer an den Gegner gerichteten Willenserklärung erfolgt², ist der Zeitpunkt der Kenntnissnahme für den Eintritt der Wirkung massgebend³.

c. Entscheid im Einzelfall durch ein Vereinsorgan

Die Statuten können aber auch festlegen, dass ein bestimmtes Vereinsorgan, am zweckmässigsten wohl die Rechtsmittelinstanz, dem Rekurs im Einzelfall suspensive oder nichtsuspensive Wirkung verleihen kann⁴. In diesem Falle ist der Entzug der Mitgliedschaft somit nicht automatische Folge der Kenntnissnahme des erstinstanzlichen Entscheides oder des unbenützten Ablaufs der Rekursfrist. Vielmehr tritt diese Folge in diesem Falle erst durch eine ausdrückliche Anordnung eines bestimmten Vereinsorgans ein. Natürlich sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. So kann statutarisch festgelegt werden, dass der Rekurs grundsätzlich keine Suspensivwirkung hat, ihm diese aber im Einzelfall durch ausdrückliche Anordnung eines Vereinsorgans zukommen kann⁵. Denkbar ist auch die umgekehrte Regelung, wonach dem Rekurs grundsätzlich Suspensivwirkung zukommt, diese Wirkung aber im Einzelfall durch

1: Für die Frage, ob die Mitgliedschaft während eines Anfechtungsprozesses bloss ruht, vgl. Seite 134 ff..

2: Von Tuhr/Peter 25.

3: Von Tuhr/Peter a.a.O.

4: Forstmoser N 40 zu Art. 846 OR.

5: Vgl. z.B. § 255 Abs. 3 der aarg. ZPO, wonach die Beschwerde gegen den Befehlsentscheid keine aufschiebende Wirkung hat. Dagegen ist der Obergerichtspräsident befugt, nach Eingang der Beschwerde in dringenden Fällen die erforderlichen Verfügungen zu treffen. Dies bedeutet nach aarg. Praxis, dass der Beschwerde auch aufschiebende Wirkung erteilt werden kann. So ausdrücklich Eichenberger 229.

Anordnung eines Vereinsorgans entzogen werden kann.

d. Suspensivwirkung bezüglich der Rechte, nicht aber bezüglich der Pflichten

Zu prüfen ist auch, ob es sich mit dem Gleichbehandlungsprinzip¹ verträgt, das Vereinsmitglied nur in seinen Rechten einzustellen, es aber nicht von seinen Pflichten zu befreien².

Im Vereinsrecht braucht das Stimmrecht nicht allen Mitgliedern zuzustehen. Es muss auch nicht allen Mitgliedern in gleicher Weise zustehen. Nur sachlich nicht begründete Ungleichheiten sind unzulässig³.

Eine Statutenbestimmung, die den Verlust der Mitgliedschaftsrechte, nicht aber auch die Befreiung von den entsprechenden Pflichten als automatische Folge der Kenntnissnahme vom erstinstanzlichen Beschluss vorsieht, ist nicht zu beanstanden. Sie trifft alle von der ersten Instanz ausgeschlossenen Mitglieder in gleicher Weise. Die Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen Mitgliedern ist sachlich gerechtfertigt. Sie kann damit begründet werden, dass das Mitglied nach Ansicht der ersten Instanz untragbar geworden ist. Allerdings dürfen Beiträge nur für die Zeit erhoben werden, während der die Mitgliedschaft dauert. Sonst fehlt es an der statutarischen Grundlage der Zahlungspflicht. Somit ist in jedem Fall zu prüfen, ob die Mitgliedschaft noch besteht. Dies trifft bei fehlender Suspensivwirkung des Rekurses bzw. der Anfechtungsklage nicht zu. Bei fehlender Statutenbestimmung berührt die Klage die Gültigkeit des Ausschlussbeschlusses nicht⁴. Bei Gutheissung der Klage wird der Ausschluss allerdings mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Somit sind auch bereits bezahlte Mitgliederbeiträge nicht zurückzuerstatten⁵.

1: Dazu Egger N 24 zu Art. 75 ZGB; Kummer, Gleichbehandlung, 18.

2: Ablehnend für die Genossenschaft Bernheimer 54, Forstmoser N 40 zu Art. 846 OR.

3: Egger N 10 zu Art. 66/67 ZGB.

4: Vgl. Seite 135 ff..

5: Vgl. Seite 157 ff..

Wenn die Rechtsfolge des Verlusts der Rechte ohne Befreiung von den Pflichten erst durch Anordnung eines Vereinsorgans eintreten soll, muss sich dieses Organ an sachliche Kriterien halten. Im übrigen gelten die gleichen Regeln wie bei statutarischer Anordnung.

2. Fehlende statutarische Regelung

Nach herrschender Lehre¹ und Rechtsprechung² kommt einem vereinsinternen Rechtsmittel bei fehlender Statutenbestimmung Suspensivwirkung zu.

In BGE 57 II 125 hat das Bundesgericht die Gründe für die gesetzliche Suspensivwirkung überzeugend dargelegt. Es meinte, "dass es bedenklich erscheinen müsste, ein Vereinsmitglied ohne ausdrückliche Statutenbestimmung seiner... Mitgliedschaftsstellung zu berauben, solange noch dahinsteht, ob die Ausschliessung auch von dem in letzter Linie berufenen Vereinsorgan beschlossen werde, m.a.W. letzterem Beschluss wesentlich nur die Wirkung einer Wiederaufnahme zuzugestehen. Dies erscheine höchstens dann als angängig, wenn dem 'ausgeschlossenen' Mitglied schon gegen den Beschluss der Beschwerdekommision die gerichtliche Anfechtung zu Gebote stünde, damit es ohne Verzug die nötigen Vorkehren für die Wiedereinsetzung in seine Mitgliedschaftsrechte treffen könnte..." Der Meinung des Bundesgerichts über die Suspensivwirkung des statutarischen Instanzenzugs ist zuzustimmen. Dieser kann nur den Sinn haben, die Rechtsstellung des Mitglieds zu verbessern. Diesem Zweck des statutarischen Instanzenzugs würde es aber widersprechen, keine Suspensivwirkung ohne ausdrückliche Anordnung anzunehmen. Zudem bringt der Verein durch Anordnung eines statutarischen Instanzenzugs zum Ausdruck, dass das oberste Organ letztlich über den Ausschluss entscheiden soll. Dies gilt unabhängig davon, wie der Rekurs im einzelnen ausgestaltet ist. Somit

1: Forstmoser N 40 zu Art. 846 OR; Frey 79; Meyer-Cording 87; Patry 42; a. M., aber ohne Begründung Bernheimer 54.
2: BGE 57 II 125; BJM 1957 141; RGZ 85 356; 151 229.

sind Entscheide unterer vereinsinterner Instanzen im Zweifel nicht abschliessend, weshalb sie nicht ohne weiteres den Entzug der Mitgliedschaft zur Folge haben.

Mit Rücksicht auf die Bedeutung des Ausschlusses kann den Vereinen überdies zugemutet werden, die sofortige Wirkung erstinstanzlicher Ausschlüsse statutarisch ausdrücklich anzuordnen. Dies gilt auch, wenn der Rekurs bloss kassatorische Wirkung hat.

D. Rekursentscheid

Es fragt sich, ob der Rekursentscheid an die Stelle des vorinstanzlichen Beschlusses tritt oder nicht.

Eine allgemeingültige Antwort auf diese Frage ist nicht möglich. Vielmehr ist im Einzelfall durch Auslegung der Statuten zu ermitteln, wie es sich verhält¹. Kriterien dafür sind einerseits die Art des Rechtsmittels und andererseits die Frage der Wirkung des Rekurses.

1: Vgl. das Beispiel in BJM 1957 143.

§ 4. Die gerichtliche Anfechtung des Ausschlusses nach Vereins- recht

I. Anfechtung des Ausschlusses und Anfechtungsklage gemäss Art. 75 ZGB

Gemäss Art. 75 ZGB kann jedes Mitglied, das Vereinsbeschlüssen nicht zugestimmt hat, diese binnen Monatsfrist, nachdem es von ihnen Kenntnis erhalten hat, beim Richter anfechten.

Auch der Ausschluss aus dem Verein kann gerichtlich angefochten werden. Dies ergibt sich schon aus Art. 72 Abs. 2 ZGB. Wenn eine Anfechtung der Ausschliessung nämlich aus den in Art. 72 Abs. 1 ZGB genannten Gründen nicht zulässig ist, so muss geschlossen werden, dass sie im übrigen statthaft ist. Es liegt nahe, auf das Verhältnis der Anfechtung der Ausschliessung zu Art. 75 ZGB einzugehen.

A. Gesetzesmaterialien¹

Art. 89 Abs. 2 des Vorentwurfs² bestimmte, dass das ausgeschlossene Mitglied den Ausschliessungsbeschluss innert Monatsfrist von der Ausschliessung an gerechnet auf dem Rechtswege anfechten könne. Diese Bestimmung wurde fast wörtlich in den ersten Teil von Abs. 3 des Vorschlages der Expertenkommission³ aufgenommen und in Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs des Bundesrates von 1904⁴.

1: An dieser Stelle werden die Materialien nur mit Bezug auf das Verhältnis von Art. 75 ZGB zur Anfechtung des Ausschlusses gemäss Art. 72 Abs. 2 ZGB untersucht.

2: Vgl. den genauen Wortlaut auf Seite 28 Anm. 2.

3: Vgl. den genauen Wortlaut auf Seite 29 Anm. 2.

4: Vgl. den genauen Wortlaut auf Seite 29 Anm. 3.

Art. 92 des Vorentwurfs¹ und Art. 85 des Entwurfs² enthielten eine Regelung der Anfechtungsklage. Ein Vergleich von Art. 82 des Entwurfs mit Art. 72 ZGB zeigt, dass Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs ersatzlos gestrichen wurde³.

Art. 85 des Entwurfs und Art. 75 ZGB unterscheiden sich nur dem Wortlaut nach, nicht aber in ihrem Inhalt. Somit kann der Grund für die Streichung von Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs nicht darin gelegen haben, dass die Anfechtungsklage im Entwurf anders als im geltenden Recht ausgestaltet war. Daraus ergibt sich aber auch, dass aus der Begründung für die Streichung Rückschlüsse auf das Verhältnis der Anfechtung des Ausschlusses zu Art. 75 ZGB möglich sind.

Art. 82 und 85 passierten die erste Beratung des Nationalrates⁴ mit der einzigen Aenderung, dass die Klagefrist in beiden Fällen auf drei Monate verlängert wurde. Demgegenüber schlug die Kommission des Ständerates eine Fassung von Art. 82 vor, die fast völlig dem geltenden Art. 72 ZGB entspricht⁵. Ueber die Gründe, die den Ständerat zur Streichung von Art. 82 Abs. 3 bewegten, enthal-

1: Art. 92 des Vorentwurfs lautete:

"Wird ein Mitglied durch einen Vereinsbeschluss in einem ihm nach Gesetz oder Statut zustehenden Mitgliedschaftsrecht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt, so kann es diesen Beschluss auf dem Rechtswege anfechten."

2: Art. 85 des Entwurfs lautete:

"Vereinsbeschlüsse, die das Gesetz oder die Statuten verletzen, können von jedem Mitglied, das nicht zugestimmt hat, innerhalb Monatsfrist, nachdem es von ihnen Kenntnis erhalten hat, gerichtlich angefochten werden."

Diese Anfechtung darf durch die Statuten oder einen Vereinsbeschluss nicht ausgeschlossen werden."

3: Im übrigen sind die beiden ersten Absätze von Art. 82 des Entwurfs und Art. 72 ZGB identisch. Art. 72 Abs. 3 ZGB entspricht wörtlich Art. 82 Abs. 2 des Entwurfs. Art. 72 Abs. 2 ZGB ist im Entwurf nicht enthalten. Vgl. dazu Seite 29.

4: StenBull NR 1905 S. 478 ff.. Ergebnis der Beratungen der NR StenBull StR 1905 939f..

5: Der einzige Unterschied besteht darin, dass in Abs. 2 die Wortstellung eine andere ist.

ten die Materialien keinerlei Hinweise.

Der deutschsprachige Referent des Nationalrates, Prof. Huber, führte zu der vom Ständerat vorgenommenen Aenderung folgendes aus¹: "Bei Art. 82 findet sich eine Differenz insofern, als nach dem Beschluss des Ständerates deutlicher, als es nach dem Beschluss des Nationalrates der Fall war, die Anfechtbarkeit von Ausschlussbeschlüssen gegenüber Mitgliedern von Vereinen nur da als statthaft bezeichnet wird, wo die Statuten verletzt werden oder eine Gesetzesvorschrift. Sobald man unter diesem Gesichtspunkte die Anfechtbarkeit des Ausschlusses von Mitgliedern betrachtet, bedarf man keiner besonderen Anfechtungsklage mehr, sondern es genügt die Anfechtung von statuten- oder gesetzwidrigen Beschlüssen überhaupt, und unter diesem Gesichtspunkte erklärt sich dann die Regelung, wie sie der Ständerat in Art. 82 und 85 aufgestellt hat. Wir schliessen uns derselben an, indem wir bei Art. 85 die Anfechtungsklage, die hier gegeben ist, auch auf die Anfechtung des Ausschlusses von Mitgliedern beziehen." Die Anträge der Kommission des Nationalrates wurden stillschweigend angenommen².

Der Grund für die Streichung von Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs war - nach den Ausführungen Eugen Hubers zu schliessen - der Umstand, dass es sich bei der Anfechtung des Ausschlusses ebenso wie bei der Anfechtung von Vereinsbeschlüssen im allgemeinen letztlich um die Anfechtung eines gesetz- oder statutenwidrigen Beschlusses handelt. Weiter scheinen National- und Ständerat davon ausgegangen zu sein, dass die Regeln über die Anfechtungsklage analog auf die Anfechtung des Ausschlusses anzuwenden sind. Dies bedarf jedoch einer näheren Ueberprüfung, da zwischen der Anfechtung der Ausschlussung und Art. 75 ZGB offensichtlich gewisse Unterschiede bestehen.

1: Sten Bull NR 1907 239.

2: A. a. O. 244.

B. Unterschiede zwischen der Anfechtung des Ausschlusses und Art. 75 ZGB

1. Aktivlegitimation

Zur Anfechtung eines gesetz- oder statutenwidrigen Vereinsbeschlusses ist gemäss Art. 75 ZGB jedes Mitglied legitimiert, das diesem nicht zugestimmt hat. Demgegenüber setzt Art. 72 Abs. 2 ZGB voraus, dass zur Anfechtung des Ausschlusses der Ausgeschlossene berechtigt ist. Dieser ist aber nach herrschender Lehre¹ nicht mehr Mitglied. Dazu wurde schon bemerkt, es sollte keine Schwierigkeiten bereiten, dass der Verein das Mitglied ausgeschlossen habe². Hafter³ meinte, die Ansicht der Bundesversammlung, wonach Art. 75 ZGB für die Anfechtung der Ausschliessung zur Anwendung gelange, sei nicht korrekt. Art. 75 ZGB handle nämlich vom Anfechtungsrecht des Mitglieds; der Ausgeschlossene sei aber nicht mehr Mitglied.

Ein weiterer Unterschied zwischen der Anfechtung der Ausschliessung und Art. 75 ZGB besteht nach herrschender Lehre⁴ darin, dass nur der Ausgeschlossene den Ausschliessungsbeschluss beim Richter anfechten kann. Demgegenüber wurde schon entschieden⁵, dass zur Anfechtung des Ausschlusses überdies jedes Mitglied berechtigt sei, das dem Beschluss nicht zugestimmt habe.

Diese beiden Unterschiede zwischen der Anfechtung des Ausschlusses und Art. 75 ZGB sind im folgenden näher zu untersuchen.

1: Daeniker 131; Egger N 8 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 13 zu Art. 72 ZGB; sinngemäss auch Heini 554.

Für die Genossenschaft Bernheimer 54; Borner 20; Forstmoser N 50 zu Art. 846 OR; Heini, Bemerkungen 167; Hensel 142; Jung 90; Winkler 193; ZR 28 97 f..

2: Egger N 8 zu Art. 72 ZGB.

3: Hafter N 13 zu Art. 72 ZGB.

4: Daeniker 131 f.; Egger N 8 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 13 zu Art. 72 ZGB.

5: BJM 1969 166.

a. Anfechtung durch ein Nichtmitglied

aa. Ausgangslage

Die Autoren, welche davon ausgehen, dass zur Anfechtung des Ausschlusses berechtigt ist, wer dem Verein nicht mehr angehört, setzen stillschweigend voraus, dass das Mitglied mit dem Entscheid des letztinstanzlich zuständigen Vereinsorgans aus dem Verein ausgeschlossen wird. Geht man aber umgekehrt davon aus, dass die Tatsache der Klageerhebung den Eintritt der Wirkungen des Ausschlussbeschlusses hindert, dann wäre auch zur Anfechtung des Ausschlusses ein Mitglied legitimiert.

Aus diesem Grunde ist vorerst zu prüfen, ob die Klageerhebung den Eintritt der Wirkungen des Ausschlusses hindert.

bb. Wirkung der Klageerhebung

aaa. Statutarische Regelung

Gemäss Art. 63 Abs. 1 ZGB kann statutarisch bestimmt werden, welche Wirkung der Klageerhebung zukommt. Insbesondere darf ein Vereinsorgan im Einzelfall bestimmen, ob die Tatsache der Klageerhebung den Eintritt der Wirkungen des Ausschlussbeschlusses hindert oder nicht.

bbb. Fehlende statutarische Regelung

aaaa. Anfechtung im allgemeinen

Als anfechtbar bezeichnet man ein Rechtsgeschäft, dessen Ungültigkeit vom Entschluss eines der Kontrahenten oder eines Dritten abhängt¹. Es sind zwei Fälle der Anfechtbarkeit zu unterscheiden. Einerseits kann ein Rechtsgeschäft zunächst unwirksam sein und nur wirksam werden, wenn es nicht innert einer gewissen Frist angefochten wird. Auf diese Weise regelt das OR das mit Willensmängeln behaftete Rechtsgeschäft². Andererseits kann das Rechtsgeschäft zunächst gültig sein, aber durch Ausübung des Anfechtungsrechts mit rückwirkender Kraft ungültig werden, so dass bis

1: Von Tuhr/Peter 231.

2: Von Tuhr/Peter 231.

zur Entscheidung ein resolutiver Schwebezustand besteht. Meistens wird die Anfechtung durch Klage ausgeübt¹. Mit dieser Feststellung ist noch nicht entschieden, ob schon die Klageerhebung oder erst das die Klage schützende Urteil die Gültigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts beeinträchtigt.

bbbb . Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse der Mitgliederversammlungen einer Körperschaft

aaaaa . Herrschende Lehre

Die Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse der Mitgliederversammlungen einer Körperschaft (Art. 75 ZGB; 706 Abs. 1, 808 Abs. 6, 891 Abs. 1 OR) erfolgt durch Klage beim Richter. Nach unbestrittener Lehre² und Rechtsprechung³ sind anfechtbare Beschlüsse bis zu ihrer gerichtlichen Aufhebung wirksam. Erst die Gutheissung der Klage vernichtet den fehlerhaften Beschluss ex tunc, d. h. rückwirkend.

Da aber das die Klage gutheissende Urteil den Beschluss rückwirkend aufhebt, besteht bis zum Entscheid des Richters ein resolutiver Schwebezustand⁴.

bbbbb . Ueberprüfung der herrschenden Lehre

Nach der herrschenden Lehre ist der angefochtene Beschluss zunächst wirksam. Nach Ablauf der Klagefrist wird er sogar unanfechtbar. In der Zwischenzeit besteht ein resolutiver Schwebezustand. Dies bedeutet, dass ungewiss ist, ob der anfechtbare Beschluss tatsächlich angefochten und später möglicherweise mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird. Die Tatsache der Klageerhebung führt aber nicht schon zur Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts. Vielmehr wird nur der resolutive Schwebezustand bis zum Erlass

1: Von Tuhr/Peter 232.

2: Bürgi N 73 zu Art. 706 OR; Egger N 31 zu Art. 75 ZGB; Gutzwiller N 3 zu Art. 891 OR; W. von Steiger N 15 zu Art. 809 OR; von Tuhr/Peter 232.

3: BGE 71 I 387.

4: Von Tuhr/Peter 231.

eines rechtskräftigen Urteils verlängert. Erst das die Klage gutheissende Urteil kann den angefochtenen Beschluss mit rückwirkender Kraft aufheben. Wird die Klage abgewiesen, so wird dagegen festgestellt, dass der Beschluss gültig war.

Würde dagegen schon die Klageerhebung die Gültigkeit des Beschlusses beeinträchtigen, so würde dieser zunächst unwirksam und durch ein die Klage schützendes Urteil rückwirkend wieder in Kraft gesetzt.

Es fragt sich somit, ob die juristische Person während der Dauer eines Prozesses zu dulden hat, dass der angefochtene Beschluss ungültig ist, oder das Mitglied, dass dieser während dieser Zeit seine Wirkungen entfaltet.

Eine Interessenabwägung ergibt, dass mindestens im Vereinsrecht letzteres anzunehmen ist. Vereine, die sich an das Gesetz und ihr selbstgesetztes statutarisches Recht halten, sollen sich darauf verlassen können, dass die darauf gestützten Beschlüsse vorerst gültig sind. Nur bei Missachtung von Gesetz oder Statuten darf der Richter nachträglich korrigierend einwirken und den Beschluss mit rückwirkender Kraft aufheben. Die Vereine haben es in der Hand, die für sie nachteiligen Folgen¹ einer rückwirkenden Aufhebung zu vermeiden, indem sie sich an Gesetz und Statuten halten. Ausserdem werden die Interessen der Mitglieder indirekt schon dadurch gewahrt, dass die Möglichkeit der Aufhebung der Beschlüsse die Vereine dazu veranlassen wird, sich an Gesetz oder Statuten zu halten. Zudem findet bei Gutheissung der Klage Rückwirkung statt².

Im Ergebnis ist der herrschenden Lehre mindestens für das Vereinsrecht zuzustimmen, wonach erst die Gutheissung der Klage einen fehlerhaften Beschluss mit rückwirkender Kraft vernichtet, nicht schon die Klageerhebung.

1: Seite 154 ff..

2: Seite 154 ff..

cc. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Klageerhebung die Wirkungen des Ausschlusses nicht hindert. Somit wird das Mitglied durch den Entscheid des letztinstanzlich zuständigen Organs ausgeschlossen¹. Nach Art. 75 ZGB wäre der Betroffene nicht zur Anfechtung des Ausschlusses berechtigt, da er nicht mehr Mitglied ist. Seine Aktivlegitimation wird aber in Art. 72 Abs. 2 ZGB eindeutig vorausgesetzt.

b. Anfechtung durch nicht direkt Betroffene

aa. Problemstellung

Die herrschende Lehre² geht davon aus, dass nur der Ausgeschlossene den Ausschlussbeschluss beim Richter anfechten kann. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt hat aber schon entschieden, dass auch andere Mitglieder, die dem Beschluss nicht zugestimmt haben, diesen beim Richter anfechten können. Begründet wurde dies damit, dass Art. 75 ZGB jedem Mitglied, das einem Beschluss nicht zugestimmt habe, die Befugnis verleihe, gesetz- oder statutenwidrige Vereinsbeschlüsse anzufechten. Das Anfechtungsrecht dürfe nicht von einer persönlichen Beschwerne abhängig gemacht werden, da sich die Mitglieder sonst gegen gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse, die sie nicht selbst berührten, überhaupt nicht zur Wehr setzen könnten. Aus diesem Grunde ergebe sich die Aktivlegitimation aller Mitglieder, die dem Ausschlussbeschluss nicht zugestimmt hätten. Diese summarische Begründung vermag nicht zu überzeugen. Sie stellt einzig darauf ab, ob die Legitimation zur Anfechtungs-

1: Daeniker 131; Egger N 8 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 13 zu Art. 72 ZGB; sinngemäss auch Heini 554.

Für die Genossenschaft Bernheimer 54; Borner 20; Forstmoser N 50 zu Art. 846 OR; Heini, Bemerkungen 167; Hensel 142; Jung 90; Winkler 193; ZR 28 97.

2: Vgl. Seite 134 bei Anm. 4.

klage gemäss Art. 75 ZGB eine persönliche Beschwerne voraussetzt. Demgegenüber wird die Frage gar nicht aufgegriffen, ob die Regelung von Art. 75 ZGB auf die Anfechtung des Ausschlusses angewendet werden darf. Diese Frage ist näher zu prüfen.

bb. Lösungsversuch

aaa. Gesetzesmaterialien

Art. 89 Abs. 2 des Vorentwurfs und Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs bestimmten, dass der Ausschluss vom ausgeschlossenen Mitglied innert Monatsfrist auf dem Rechtswege angefochten werden könne. Der Wortlaut dieser Bestimmungen ist ein Indiz dafür, dass nur der direkt Betroffene den Ausschlussbeschluss anfechten konnte.

bbb. Genossenschaftsrecht

Gemäss Art. 846 Abs. 3 OR stehen dem Ausgeschlossenen gegen den Ausschluss ein Rekursrecht an die Generalversammlung sowie die Anrufung des Richters offen. Somit enthält das Genossenschaftsrecht bezüglich der Berechtigung zur Anfechtung des Ausschlusses eine den Art. 89 Abs. 2 des Vorentwurfs und Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs entsprechende Regelung. Ob Art. 846 Abs. 3 OR eine ausschliessliche Legitimation des Betroffenen begründet, wird in der Literatur nicht untersucht. Vielmehr wird ohne Kommentar darauf hingewiesen, dass der Ausschluss vom Ausgeschlossenen angefochten werden kann¹.

ccc. Interessenabwägung

Die Frage, ob auch nicht direkt Betroffene einen Ausschluss beim Richter anfechten können, ist durch eine Interessenabwägung zu entscheiden.

Auf der einen Seite steht das Interesse jedes Mitglieds, gesetz-

1: Gutzwiller N 18 zu Art. 846 OR.

oder statutenwidrige Beschlüsse anfechten zu können. Das Anfechtungsrecht dient dem Schutz der Vereinsordnung und der Mitgliedschaft¹. Alle Mitglieder haben ein Interesse daran, eine gesetz- oder statutenwidrige Praxis der zuständigen Vereinsorgane nicht aufkommen zu lassen.

Auf der anderen Seite unterscheidet sich der Ausschluss darin von den anderen Beschlüssen, dass er ein Mitglied ganz besonders betrifft. Der Ausschluss bewirkt nämlich wie der Austritt das Ende der Mitgliedschaft für das betreffende Mitglied. Anstatt auszutreten kann es sich mit einem Ausschluss abfinden und auf eine Anfechtung verzichten.

Die Tatsache, dass der Ausschluss ein Mitglied in besonderer Weise betrifft, spricht dafür, dass nur der direkt Betroffene zur Anfechtung berechtigt ist. Dies bedeutet, dass dieser möglicherweise sogar einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluss nicht beanstandet. Auch dies ist aber nicht sehr schwerwiegend, da der Richter an eine möglicherweise daraus entstehende gesetz- oder statutenwidrige Praxis des Vereins nicht gebunden ist.

Zwar könnte auch der Ausgeschlossene einmal ein Interesse daran haben, dass sein Ausschluss von einem anderen Mitglied angefochten wird. So kann der direkt Betroffene die Klagefrist versäumen, während diese von einem anderen Mitglied gewahrt wird. Dies dürfte allerdings ein eher seltener Fall sein. Da die Klagefrist mit Kenntnis des Beschlusses durch den Betroffenen beginnt², ist dieser nämlich in der Regel am besten in der Lage, die Frist zu wahren. Das Interesse des direkt Betroffenen fordert jedenfalls keine Ausdehnung der Aktivlegitimation auf andere Mitglieder. Zusammengefasst ergibt sich, dass der Ausschluss ein Mitglied ganz besonders betrifft. Daraus ist zu schliessen, dass alleine diesem der Entscheid zusteht, ob es sich mit dem Ausschluss abfinden oder diesen vor Gericht bringen will. Die herrschende Lehre verdient somit Zustimmung.

1: So sinngemäss Egger N 1 zu Art. 75 ZGB.

2: Vgl. Seite 145 f..

Im Ergebnis ist der Kreis der Anfechtungsberechtigten im Vergleich zu Art. 75 ZGB wesentlich eingeschränkt, indem nur der direkt Betroffene einen Ausschlussbeschluss anfechten kann.

2. Anfechtungsobjekt

a. Problem

Der Ausschluss kann, unabhängig davon, welches Vereinsorgan dafür zuständig war, angefochten werden¹. Nach Egger² können gemäss Art. 75 ZGB nur Beschlüsse des obersten Organs angefochten werden, nicht aber solche des Vorstandes. Demgegenüber will Heini³ jeden Organentscheid, der Beeinträchtigungen der Mitgliedschaftsrechte zur Folge hat, der Anfechtungsklage gemäss Art. 75 ZGB unterstellen. Bloss wenn keine Mitgliedschaftsrechte auf dem Spiele stehen, sollen Entscheide und Beschlüsse des Vorstandes nicht angefochten werden können.

b. Lösungsvorschlag

aa. Wortlaut

Egger⁴ meint, das Gesetz setze in Art. 75 ZGB einen Vereinsbeschluss voraus. In der Tat könnte dies dem Wortlaut von Art. 75 ZGB entnommen werden. Daraus, dass das Mitglied bloss Beschlüsse anfechten kann, denen es nicht zugestimmt hat, könnte in der Tat geschlossen werden, dass damit nur Beschlüsse der Vereinsversammlung gemeint sind. Nur in der Vereinsversammlung hat an sich je-

1: Egger N 8 zu Art. 72 ZGB.

2: Egger N 8 f. zu Art. 75 ZGB; ZBJV 51 162.

3: Heini 549.

4: Egger N 8 zu Art. 75 ZGB.

des¹ Mitglied die Möglichkeit, Beschlüssen überhaupt zuzustimmen. Dagegen setzt beispielsweise die Möglichkeit der Zustimmung zu Vorstandsbeschlüssen die Zugehörigkeit zu diesem Organ voraus.

Der Wortlaut des Gesetzes kann aber auch anders verstanden werden. Beschlüsse, denen ein Mitglied nicht zugestimmt hat, sind nämlich auch diejenigen, denen es mangels Zugehörigkeit zum zuständigen Organ gar nicht zustimmen konnte.

Andererseits zeigt der Wortlaut von Art. 75 ZGB, dass gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse im allgemeinen uneingeschränkt anfechtbar sind.

bb. Gesetzesmaterialien

Für das von Heini vorgeschlagene Ergebnis spricht die Entstehungsgeschichte von Art. 75 ZGB. Art. 92 des Vorentwurfs und Art. 85 des Entwurfes sprachen nämlich noch ausdrücklich von der Anfechtbarkeit von Vereinsbeschlüssen, während Art. 75 ZGB von Beschlüssen handelt. Ob dieser Unterschied bewusst vorgenommen wurde, ist unbekannt. Aus den Beratungen in der Bundesversammlung ergibt sich aber eindeutig, dass im allgemeinen eine Einschränkung des Anfechtungsrechtes ausdrücklich abgelehnt wurde². Somit ging der Gesetzgeber von einer umfassenden Anfechtungsmöglichkeit aus.

cc. Ratio legis

Nach der Auffassung Eggers könnte den Mitgliedern statutarisch geradezu die Möglichkeit genommen werden, Beschlüsse anzufechten, indem dem Vorstand umfassende Kompetenzen erteilt würden und dessen Beschlüsse nicht an die Vereinsversammlung weiterziehbar wären. Dies widerspräche aber Art. 64 Abs. 1 ZGB, wonach die Vereinsversammlung das oberste Vereinsorgan ist. Wenn diese Gesetzesbestimmung statutarisch weitgehend ausgeschaltet wird, müssen die Mitglieder die Möglichkeit haben, gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse beim Richter anzufechten.

1: Davon ausgenommen sind bloss Mitglieder, die nicht stimmberechtigt sind.

2: StenBull StR 1905 944 und 947.

c. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Lösung von Heini richtig. Diesem ist auch darin zuzustimmen, dass eine Anfechtung von Beschlüssen anderer Organe als der Vereinsversammlung nur zulässig ist, soweit Mitgliedschaftsrechte auf dem Spiele stehen. Dies ergibt sich aus dem Randtitel von Art. 75 ZGB, der vom "Schutz der Mitgliedschaft" spricht.

Im Ergebnis besteht somit bezüglich des Anfechtungsobjekts kein Unterschied zwischen der Anfechtung des Ausschlusses und Art. 75 ZGB. Letztinstanzliche Beschlüsse, die Mitgliedschaftsrechte betreffen, sind immer anfechtbar.

3. Richterliche Kognition

Gesetz- und statutenwidrige Vereinsbeschlüsse können gemäss Art. 75 ZGB uneingeschränkt überprüft werden¹. Demgegenüber ist die Anfechtung der Ausschiessung durch Art. 72 Abs. 2 ZGB beschränkt². Die Frage der beschränkten richterlichen Kognition ist an dieser Stelle offen zu lassen. Sie wird Gegenstand einer eigenen Untersuchung sein³.

4. Ergebnis

Eine nähere Untersuchung des Verhältnisses der Anfechtung des Ausschlusses zu der Anfechtungsklage gemäss Art. 75 ZGB ergibt, dass tatsächlich Unterschiede bestehen. So ist die Aktivlegitimation anders geregelt: Art. 72 ZGB geht einerseits über die Regelung von Art. 75 ZGB hinaus, indem ein Nichtmitglied zur Anfechtung eines Beschlusses berechtigt ist. Andererseits ist der Kreis der Anfechtungsberechtigten in Art. 72 ZGB wesentlich kleiner, da nur der Ausgeschlossene, d. h. der direkt Betroffene, den Ausschiessungsbeschluss anfechten kann. Zudem enthält Art. 72 Abs. 2 ZGB eine Einschränkung der richterlichen Kognition,

1: Vgl. Egger N 15 ff. zu Art. 75 ZGB.

2: Ebenso Heini 550.

3: Seite 160 ff..

von der noch die Rede sein wird¹.

Aus diesen Unterschieden ergibt sich, dass die Anfechtung des Ausschlusses und diejenige gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse gemäss Art. 75 ZGB zwei verschiedene Klagen sind. Neben diesen Unterschieden bestehen aber auch Uebereinstimmungen. Beide Klagen sind gegen gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse gerichtet, die Mitgliedschaftsrechte betreffen. Dieser Umstand rechtfertigt es, die Regeln von Art. 75 ZGB analog auf die Anfechtung des Ausschlusses anzuwenden², sofern Art. 72 ZGB keine eigene Regelung enthält. Von dieser Ueberlegung ging auch der Gesetzgeber aus. Die Streichung von Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs wurde nämlich ausdrücklich damit begründet, dass die Regeln der Anfechtungsklage analog auf die Anfechtung des Ausschlusses von Mitgliedern angewendet werden könnten³. Davon wird im folgenden ausgegangen.

II. Einzelheiten der Klage gegen den Ausschluss

A. Passivlegitimation

Die Klage ist gegen den Verein und nicht etwa gegen den Vorstand oder die Mehrheit des Vereins zu richten⁴.

1: Vgl. Seite 160 ff..

2: Daeniker 131 f.; Hafter N 13 zu Art. 72 ZGB.

3: StenBull NR 1907 239; vgl. auch Seite 133.

4: Egger N 28 zu Art. 75 ZGB.

B. Gegenstand der Klage

Das anfechtende Mitglied bestreitet durch die Klage die Gültigkeit des Ausschliessungsbeschlusses¹. Welche Mängel vor dem Richter geltend gemacht werden können, wird nachfolgend² zu untersuchen sein.

C. Klagefrist

Vorne³ wurde schon dargestellt, dass Art. 89 des Vorentwurfs von 1900 und Art. 82 des Entwurfs von 1904, die dem geltenden Art. 72 ZGB entsprechen, eine Klagefrist enthielten. Mit Hinweis auf Art. 75 ZGB wurde auf deren ausdrückliche Nennung in Art. 72 ZGB verzichtet. Somit ist die in Art. 75 ZGB enthaltene Frist analog auf die Anfechtung des Ausschlusses anzuwenden⁴.

Die Anfechtungsklage muss folglich innert Monatsfrist⁵, nachdem der Kläger vom Ausschliessungsbeschluss Kenntnis erhalten hat⁶, eingereicht werden. Unrichtig ist die Behauptung, die Frist beginne mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ausschluss verfügt worden sei⁷. Mindestens missverständlich ist der Satz, die Frist beginne mit der Bekanntgabe des Ausschlusses^{8,9}. Die Ausschliessung erfolgt nämlich durch Ausübung eines Gestaltungsrechts¹⁰. Gestaltungsrechte sind empfangsbedürftige Willenserklärungen¹¹, so dass ihre

1: Egger N 8 zu Art. 72 ZGB.

2: Seite 160 ff..

3: Seite 131 ff..

4: BGE 51 II 239; SJZ 47 13; SJZ 69 94.

5: Daeniker 132; Egger N 8 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 13 zu Art. 72 ZGB; BGE 85 II 536; 90 II 346; 51 II 239; SJZ 47 13; 69 94; ZBJV 53 230; 72 491.

6: BGE 90 II 346; SJZ 47 13; ZBJV 53 230; Hafter N 13 zu Art. 72 ZGB.

7: SJZ 33 170.

8: Forstmoser N 44 zu Art. 846 OR; Gutzwiller N 18 zu Art. 846 OR.

9: Dies gilt nur bei Bekanntgabe an einer Versammlung, an der der Betroffene teilnimmt.

10: Seite 12.

11: Von Tuhr/Peter 25.

Wirksamkeit mit deren Eintreffen beim Gegner beginnt¹.

Die Frist von Art. 75 ist eine Verwirkungsfrist² des Bundesrechts, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist³.

Die Anrufung des Sühnebeamten innert Monatsfrist genügt zur Wahrung der Klagefrist nur, wenn dieser nach kantonalem Prozessrecht die Streitsache bei Nichterledigung von Amtes wegen an das zuständige Gericht weiterleiten oder der Kläger, um sein Klagerecht nicht zu verwirken, den Streit innert einer gewissen Frist nach Abschluss des Sühneverfahrens vor den urteilenden Richter bringen muss, um die Verwirkung des Klagerechtes oder ähnliche Rechtsnachteile zu vermeiden, und der Kläger diese Frist einhält⁴.

D. Bedeutung des statutarischen Instanzenzuges

1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung

Nach herrschender Lehre⁵ und Rechtsprechung⁶ müssen die Mitglieder von einem statutarischen Anfechtungsverfahren Gebrauch machen, bevor sie den Ausschluss beim Richter anfechten dürfen.

Begründet wurde diese Ansicht von Gierke damit, dass das Mitgliedschaftsverhältnis ein Rechtsverhältnis sei und somit auch einen Rechtsschutz geniesse. "Allein sie (sc. die Mitglieder) können den Rechtsschutz nur nach Massgabe des besonderen Verfassungsrechts, in welchem sie wurzeln, und niemals gegen die verfassungsmässigen Lebensaktionen des Verbandes geniessen.... Immer jedoch kann die richterliche Hülfe nur insofern angerufen werden, als die verfas-

1: BGE 61 II 151 f.; 76 II 241 f.; Heini 549; von Tuhr/Peter 25.

2: BGE 51 II 239; 70 II 66; 85 II 530; Egger N 29 zu Art. 75 ZGB Forstmoser N 44 zu Art. 846 OR.

3: BGE 61 II 151; 76 II 241.

4: BGE 74 II 15; 82 II 590; 98 II 181; Guldener 233; Walder 365.

5: Borner 19; Daeniker 130; Egger N 8 zu Art. 72 ZGB; Ennecerus-Nipperdey 678; Forstmoser N 37 zu Art. 846 OR; Gierke, Privatrecht I, 535; Heini 554; Liver ZBJV 96; Meyer-Cording 86; Patry 41 f.; Paulick 153; Staudinger N 7 zu § 35 BGB; von Tuhr 546; Vollenweider 64; Weiss II Nr. 869 zu Art. 72 ZGB S. 303; Gierke, Genossenschaftstheorie 185 f..

A. M. ohne Begründung Hafter N 14 zu Art. 72 ZGB.

6: BGE 57 II 125; 72 II 112 f.; 85 II 535; SJZ 52 126.

sungsmässige Einordnung der Glieder und Organe in das Gemeinwesen dafür Raum lässt. ... Darum kann das Gericht erst nach Erschöpfung der gesetzlich oder statutarisch innerhalb des Vereinslebens gewiesenen Wege angerufen werden."¹

Nach Auffassung Gierkes besteht ein Rechtsschutz gegenüber der Körperschaft somit nicht schlechthin. Vielmehr ist es gerade diese, die in ihren Statuten einen Rechtsschutz gewährt. Konsequenterweise kann sie diesen Rechtsschutz ausschliessen².

Natürlich ergibt sich aus dieser Rechtsauffassung die Pflicht, den statutarischen Instanzenzug zu erschöpfen. Dass diese Rechtsauffassung nicht mit dem geltenden Recht übereinstimmt, wurde schon dargestellt³. Es sind nicht die Vereine, denen a priori Autonomie zukommt. Vielmehr ergibt sich die Befugnis zur Rechtssetzung innerhalb des Vereins aus Art. 63 Abs. 1 ZGB. Somit ist es ebenfalls das Gesetz, das den Rechtsschutz gegenüber dem Verein umschreibt und ihn gegebenenfalls einschränken kann.

Von Tuhr⁴ ist der Ansicht, es sei selbstverständlich, dass der vereinsinterne Instanzenzug erschöpft werden müsse. Solange nämlich noch nicht feststehe, dass die Ausschliessung endgültig sei, fehle es an einem rechtlichen Interesse für die Klage. Das Argument von Tuhrs ist nur richtig, wenn man davon ausgeht, dass ein vereinsinternes Rechtsmittel Suspensivwirkung hat. Dies braucht aber nicht der Fall zu sein⁵. Somit ist diese Begründung nicht schlüssig.

Der deutsche Bundesgerichtshof hat erklärt, durch das Erfordernis der Erschöpfung des Instanzenzuges werde eine unnötige Anrufung der ordentlichen Gerichte vermieden⁶. Diese Begründung stellt ein blosses Zugeständnis an die Prozessökonomie dar.

In BGE 57 II 125 erklärte das Bundesgericht, das Nebeneinander von vereinsinterner Anfechtung und gerichtlicher Klage erweise

1: Gierke, Genossenschaftstheorie 185.

2: So Gierke, Genossenschaftstheorie 186.

3: Vgl. Seite 13 ff..

4: Von Tuhr 546.

5: Vgl. Seite 126 f..

6: BGHZ 13 16.

sich als unpraktisch, "würde doch die Anfechtungsklage, ja sogar ein allfällig inzwischen gefälltes gerichtliches Urteil gegenstandslos, wenn der Verbandstag (=Rechtsmittelinstanz) die Appellation gutheissen sollte, und erst recht unlösbar wäre die Prozesslage dann, wenn der Verbandstag zwar ebenfalls den Ausschluss beschlösse, jedoch aus anderen Gründen." Bei Fehlen einer ausdrücklichen gegenteiligen Statutenbestimmung müsse der statutarische Instanzenzug erschöpft werden, bevor die Klage zulässig sei. Erst dann liege "ein zureichender Grund dafür vor, dem ausgeschlossenen Vereinsmitglied staatlichen Rechtsschutz zu gewähren, weil die Absicht des Gesetzgebers dahin ging, 'die Vereine ihre inneren Angelegenheiten möglichst selbständig ordnen zu lassen und die richterliche Ueberprüfung eines Vereinsausschlusses seinem Inhalte nach auf ein Mindestmass zu beschränken' (BGE 51 II S. 241)"¹.

Das Bundesgericht gibt im zitierten Entscheid somit zwei verschiedene Gründe an, nämlich einerseits prozessuale Schwierigkeiten und anderseits die Vereinsautonomie.

In BGE 85 II 525 ff. E. 2 modifizierte das Bundesgericht seine Auffassung. Es erklärte, es könne "nicht Sache der Statuten, sondern nur Sache des Gesetzes sein, darüber zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Ausschliessung aus einem Verein vor dem staatlichen Richter angefochten werden kann"². Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Es entspricht der vorne geschilderten Auffassung, wonach das Gesetz bestimmt, welche Belange die Vereine selbständig regeln dürfen.

Das Bundesgericht wiederholte sodann das Argument von BGE 57 II 125, wonach das Erfordernis der Erschöpfung des statutarischen Instanzenzuges der Absicht des Gesetzgebers entspreche, die Vereine ihre Angelegenheiten möglichst selbständig ordnen zu lassen³. Weiter setzte sich das Bundesgericht mit möglichen prozessualen

1: BGE 57 II 126.

2: BGE 85 II 533.

3: A. a. O. 533.

Schwierigkeiten auseinander, die sich ergäben, wenn auf das Erfordernis der Erschöpfung des statutarischen Instanzenzuges verzichtet würde.

Zusammengefasst ergibt sich, dass einzig prozessuale Schwierigkeiten und die Vereinsautonomie als Gründe für das Gebot der Erschöpfung des vereinsinternen Instanzenzuges in Frage kommen. Doch sind diese Begründungen näher zu untersuchen.

2. Eigene Meinung

a. Unzulässigkeit der verfrühten Klageeinreichung

Zivilprozessuale Schwierigkeiten allein dürfen die Verwirklichung des materiellen Rechts nicht hindern. Der Zivilprozess dient lediglich der Abklärung unsicheren, streitigen Rechts. Diese Feststellung setzt logischerweise voraus, dass das materielle Recht unabhängig vom Prozessrecht besteht.

Ueberzeugend wäre m. E. einzig eine Lösung nach dem Grundsatz der Vereinsautonomie. Dieser besagt, dass die Vereine Normen über das Verhältnis zu ihren Mitgliedern und die Organisation des Vereins aufstellen dürfen¹. Somit darf der Verein bestimmen, welches Organ über die Beendigung der Mitgliedschaft durch Ausschluss befinden muss. Zudem darf statutarisch der Zeitpunkt des Erlöschens der Mitgliedschaft festgelegt werden. Jede Klage, die erhoben wird, bevor die Mitgliedschaft nach der in einem bestimmten Verein herrschenden Ordnung erloschen ist, muss als verfrüht abgewiesen werden. Der Grund liegt darin, dass die Mitgliedschaft noch nicht beendet ist.

Somit ist der herrschenden Lehre darin zuzustimmen, wonach eine Anfechtungsklage frühestens zulässig ist, wenn vom Verein aus feststeht, dass die Mitgliedschaft erloschen ist.

b. Kein grundsätzliches Gebot der Erschöpfung des statutarischen Instanzenzuges

Nach der Ansicht des Bundesgerichts wird ein Ausschluss infolge

1: Vgl. Seite 13 f..

Versäumung der Rekursfrist unanfechtbar¹. Dies bedeutet, dass vereinsinterne Rechtsmittel ergriffen werden müssen. Andernfalls wird der Ausschluss rechtskräftig und darf vom Richter nicht mehr überprüft werden.

Aus dem Grundsatz der Vereinsautonomie ergibt sich, dass die Vereine Vorschriften über das Erlöschen der Mitgliedschaft aufstellen dürfen. Andererseits kann der Vereinsautonomie keine Befugnis zur Bestimmung der Voraussetzungen entnommen werden, unter denen der Richter auf die Klage eintreten darf². Dies wäre ein Eingriff in staatliches Recht. Ein solcher ist unzulässig, da die Vereinsautonomie selber auf staatlichem Recht beruht.

Herrschende Lehre und Rechtsprechung führen aber gerade zum Ergebnis, dass letztlich die Vereine bestimmen dürfen, wann der Richter auf eine Klage eintreten darf. Diese Folge ergibt sich daraus, dass es von der Ergreifung eines vereinsinternen Rechtsmittels abhängt, ob der Richter auf eine Klage eintreten darf.

Aus diesem Grunde sind die herrschende Lehre und Rechtsprechung abzulehnen. Als Regel gilt vielmehr, dass die Anfechtungsklage erst erhoben werden darf, wenn feststeht, dass die Mitgliedschaft erloschen ist. Nach diesem Zeitpunkt darf die Anfechtungsklage jedoch auf jeden Fall erhoben werden, solange die Klagefrist noch nicht verwirkt ist³. Dies trifft in den Fällen zu, in denen dem Rekurs Suspensivwirkung zukommt und das betroffene Mitglied den Ausschluss innert einem Monat seit Ablauf der Rekursmöglichkeit anfechtet. Das Mitglied wird nämlich erst nach dem Ablauf der Rekursfrist ausgeschlossen. Selbst bei fehlender Suspensivwirkung des Rekurses kann die Klage noch erhoben werden, wenn zwar die Rekursfrist abgelaufen ist, diese aber kürzer als die Klagefrist ist. Schliesslich ist die Klage in allen Fällen zulässig, in denen das Mitglied vor Ablauf der Rekursfrist ausdrücklich auf das interne

1: BGE 85 II 533. Gegen die Ansicht des Bundesgerichts hat Liver Bedenken angemeldet, ohne allerdings näher darauf einzutreten. (ZBJV 96 396).

2: BGE 85 II 533.

3: Im Ergebnis gleich BGHZ 47 172 ff.; Flume 131 ff..

Rechtsmittel verzichtet. Bei einem suspensiv wirkenden Rekurs läuft die Klagefrist vom Verzicht an, bei einem nicht suspensiv wirkenden vom Entscheid der vorgehenden Instanz an.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das Gebot der Erschöpfung des statutarischen Instanzenzuges nur besagt, dass eine Klage beim Richter erst zulässig ist, wenn die Mitgliedschaft vom Verein aus gesehen erloschen ist. Dies bedeutet aber nicht, dass die Erschöpfung des vereininternen Instanzenzuges notwendige Voraussetzung für die Anfechtungsklage ist.

Nur dieses Ergebnis lässt sich mit der Vereinsautonomie begründen. Es kann auch nicht eingewendet werden, dass die Vereine durch die Einführung einer vereinsinternen Rekursmöglichkeit dokumentierten, dass die Meinung der letzten vereinsinternen Instanz notwendigerweise zu hören ist. Schliesslich wird statutarisch auch festgelegt, ob und wann die Mitgliedschaft durch Nichtergreifung des Rekurses erlischt. Daran wird die Klagemöglichkeit angeknüpft.

Schliesslich ergeben sich aus der vorgeschlagenen Lösung auch keine unlösbaren prozessualen Schwierigkeiten. Wenn nämlich die Mitgliedschaft erloschen ist, steht das Anfechtungsobjekt fest. Somit ist genau bestimmt, was Gegenstand des Prozesses ist.

E. Art der Streitigkeit

Der Streit um die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft ist in der Regel nichtvermögensrechtlicher Natur¹. Dies gilt jedoch nur, sofern er sich im konkreten Falle nicht im rein Wirtschaftlichen erschöpft². Bei Versicherungsgenossenschaften und insbesondere bei anerkannten Krankenkassen ist die Mitgliedschaft völlig gleichbedeutend mit dem Versicherungsinteresse. Ein solcher Streit über die Mitgliedschaft hat deshalb vermögensrechtlichen Charakter³.

1: BGE 31 II 677; 40 II 377; 54 II 23; 56 II 297; 80 II 75; 98 II 223; Forstmoser N 24 zu Vorb. zu Art. 839-878 OR.

2: Forstmoser a. a. O..

3: BGE 80 II 75 f..

Der Streit um die Mitgliedschaft beim Verein soll dagegen immer nichtvermögensrechtlicher Natur sein¹. Dieser Regel ist uneingeschränkt zuzustimmen, sofern es sich um Vereine handelt, die sich gemäss Art. 60 ZGB einem idealen Zwecke widmen.

Nachdem die Vereine auch wirtschaftliche Zwecke verfolgen dürfen, kann diese Regel aber keine uneingeschränkte Geltung mehr beanspruchen. Sie ist vielmehr im Einzelfall abzulehnen, sobald sich der Streit um die Mitgliedschaft bei Kartellen oder Wirtschaftsverbänden im rein Wirtschaftlichen erschöpft.

F. Zuständigkeit

1. Oertliche Zuständigkeit

Die Klage auf Anfechtung des Ausschlusses ist am Sitz des Vereins anzuheben². Dies entspricht der Regel, wonach der allgemeine Gerichtsstand der juristischen Person deren Sitz ist³. Gemäss Art. 56 ZGB befindet sich der Wohnsitz der juristischen Personen, wenn ihre Statuten es nicht anders bestimmen, an dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird. In Uebereinstimmung damit bestimmt § 10 Abs. 1 der aargauischen ZPO, dass sich der ordentliche Gerichtsstand der Körperschaften am regelmässigen Versammlungsorte ihrer Vertreter befindet. Gemäss § 10 Abs. 2 ZPO bestimmt sich der Sitz der im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen nach dem Handelsregistereintrag. Dies gilt somit auch für Vereine, die gemäss Art. 61 ZGB im Handelsregister eingetragen sind.

2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Prozessrecht desjenigen Kantons, in dem die Klage einzureichen ist. Entscheidend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit wird in den

1: BGE 82 II 296; Egger N 8 zu Art. 72 ZGB.

2: Egger N 30 zu Art. 75 ZGB.

3: Guldener 84.

Prozessrechten der meisten Kantone wohl sein, ob es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt oder nicht und wie hoch gegebenenfalls der Streitwert ist.

Nach dem oben¹ Ausgeführten kann heute nicht mehr schlechthin davon ausgegangen werden, dass der Streit um die Mitgliedschaft beim Verein nichtvermögensrechtlicher Natur ist. Diese Frage ist vielmehr im Einzelfall abzuklären.

Im Kanton Aargau ist unabhängig vom Streitwert gemäss § 34 Abs. 1 EG zum ZGB stets das beschleunigte Verfahren durchzuführen. Gemäss § 315 Abs. 1 ZPO ist dafür das Bezirksgericht zuständig. Gegen dessen Endurteil ist gemäss § 316 Abs. 1 ZPO das Rechtsmittel der Beschwerde im Sinne von § 337 lit. b ZPO zulässig.

Zulässig ist aber auch die Entscheidung durch ein Schiedsgericht².

G. Beweislast

Die Ausschliessung ist eine Kündigung. Sie wird durch ein aufhebendes Gestaltungsrecht ausgeübt³. Dieses wirkt rechtsvernichtend, da es das Grundverhältnis, im vorliegenden Falle die Mitgliedschaft, beendet⁴. Wer ein aufhebendes Gestaltungsrecht ausübt, beansprucht für sich ein Recht, für dessen erzeugende Voraussetzungen er die Beweislast trägt⁵.

1. Ausschlussgrund

a. Grundsatz

Voraussetzung des Ausschlusses ist das Vorliegen eines Ausschlussgrundes⁶. Der Verein hat somit die Tatsachen zu beweisen, die für ihn den Ausschlussgrund abgaben⁷, während das anfechtende Mit-

1: Seite 152.

2: BGE 71 II 180.

3: Seite 12.

4: Kummer, Kommentar N 162 zu Art. 8 ZGB.

5: Kummer, Kommentar N 152, 162 und 305 zu Art. 8 ZGB.

6: Dies gilt nicht, wenn der Ausschluss ohne Grundangabe zulässig ist. Vgl. dafür nachfolgend Seite 155.

7: Curti-Forrer N 5 zu Art. 72 ZGB; Egger N 8 zu Art. 72 ZGB; a. M., aber aus den erwähnten Gründen unhaltbar, Hafter N 12 zu Art. 72 ZGB.

glied lediglich das Vorliegen eines bestimmten Ausschlussgrundes zu bestreiten hat.

Diese Rechtslage lässt sich auch auf andere Weise begründen. Gewisse Sachvorbringen sind unbeweisbar. Zwar herrscht die Regel "Negativa non sunt probanda" nicht uneingeschränkt¹. Sie gilt nur für sogenannte unbestimmte Negativa, also für negative Sachumstände, die sich nicht "so eng einkreisen lassen, dass auf sie mit rechtsgenüglicher Sicherheit zu schliessen ist".² "Sie erforderten, damit sich auf ihr Fehlen mit beweisgenüglicher Sicherheit schliessen liesse, eine von vorneherein nicht erreichbare Dichte und Vielzahl positiver Sachumstände, zumal wenn sie sich in weitem Zeitraum oder in mannigfaltiger Gestalt 'verwirklicht' haben können."³

In diesen Fällen ist dem Gegner der Beweis für das in positiven Sachumständen bestehende Gegenteil zu auferlegen. Die Braut, die in der Klage gemäss Art. 92 ZGB beweisen müsste, dass der Bräutigam das Verlöbnis ohne wichtige Gründe gebrochen hat, müsste ihr Verhalten zeitlich lückenlos darlegen. Dies ist unmöglich. Deshalb muss der Bräutigam das Vorliegen wichtiger Gründe beweisen⁴.

Gleich liegen die Verhältnisse beim Ausschluss. Wenn das ausgeschlossene Mitglied die Beweislast trüge, müsste es den fugenlosen Beweis für seine Tätigkeit erbringen, um darlegen zu können, dass es einen bestimmten Ausschlussgrund nicht gesetzt hat. Dies ist unmöglich. Deshalb muss der Beweis dem Verein auferlegt werden.

Der Grundsatz, dass der Verein die Tatsachen zu beweisen hat, die für ihn einen Ausschlussgrund abgaben, bedeutet im einzelnen:

1: Kummer, Kommentar N 194 zu Art. 8 ZGB.

2: A. a. O..

3: Kummer, Kommentar N 196 zu Art. 8 ZGB.

4: Beispiel aus Kummer, Kommentar N 197 zu Art. 8 ZGB.

aa. Ausschluss aus wichtigen Gründen

Bei fehlender Statutenbestimmung darf ein Ausschluss nur aus wichtigen Gründen erfolgen (Art. 72 Abs. 3 ZGB). In diesem Fall hat der Verein die Tatsachen zu beweisen, die für ihn einen wichtigen Grund abgegeben haben.

bb. Ausschluss aus bestimmten Gründen

Bei entsprechender statutarischer Ermächtigung ist ein Ausschluss aus anderen als wichtigen Gründen zulässig. In diesem Falle muss der Verein vorerst beweisen, dass eine Statutenbestimmung vorliegt, die den Ausschluss aus anderen als wichtigen Gründen erlaubt. Zudem hat der Verein die Tatsachen zu beweisen, die diesen Tatbestand erfüllen.

cc. Ausschluss ohne Grundangabe

Voraussetzung des Ausschlusses ohne Grundangabe ist eine statutarische Ermächtigung. Deren Vorliegen ist vom Verein zu beweisen. Da keine Gründe angegeben werden müssen, hat der Verein auch keine Tatsachen zu beweisen.

b. Ausnahme: Rechtsmissbrauch

Die Ausschlussgründe sind rechtserzeugende Voraussetzungen des Kündigungsrechts, weshalb sie vom Verein zu beweisen sind. Demgegenüber ist der Rechtsmissbrauch eine negative Voraussetzung des Ausschlussrechts. Er wirkt rechtshindernd, da er die Rechtserzeugung trotz voll verwirklichten rechtserzeugenden Sachverhalts ausschliesst¹. Für rechtshindernde Sachumstände hat die Beweislast, wer sie anruft². Somit hat das den Ausschluss an-

1: Kummer, Kommentar N 164 zu Art. 8 ZGB.

2: Kummer, Kommentar N 165 zu Art. 8 ZGB.

fechtende Mitglied die Tatsachen zu beweisen, die den Ausschluss als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Aus dem Grundsatz "iura novit curia" ergibt sich, dass der Richter Art. 2 ZGB von Amtes wegen zu beachten hat, sofern der entsprechende Sachverhalt behauptet und bewiesen wurde. Es ist gleichgültig, ob sich eine Partei auf Rechtsmissbrauch berufen hat oder nicht¹. Dieses Ergebnis kann auch damit begründet werden, dass es dem Verein unmöglich wäre zu beweisen, dass er nicht rechtsmissbräuchlich vorgegangen ist. Hiezu müsste er nämlich seine ganze Tätigkeit und sein gesamtes Verhalten lückenlos darlegen, was unmöglich ist. Deshalb hat das anfechtende Mitglied den Beweis für die Tatsachen zu erbringen, die den Ausschluss als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen.

2. Verfahren

Auch die Einhaltung der gesetzlichen oder statutarischen Verfahrensvorschriften gehört zu den Voraussetzungen des Ausschlussrechts. Im Bestreitungsfall hat der Verein somit zu beweisen, dass er den Ausschluss unter Einhaltung der Verfahrensvorschriften vorgenommen hat². So hat der Verein beispielsweise zu beweisen, dass dem Mitglied das rechtliche Gehör gewährt und der Ausschluss eröffnet wurde.

H. Urteil

1. Art des Urteils

Nicht ganz unumstritten ist in der Lehre, ob das Urteil, das auf die Klage gegen den Ausschluss ergeht, ein Feststellungs³-

1: Kummer, Kommentar N 18 zu Art. 8 ZGB; Merz, Kommentar N 99 zu Art. 2 ZGB mit Hinweisen.

2: Egger N 8 zu Art. 72 ZGB. So auch BHGZ 49 211.

3: Heini 554; Kummer, Spielregel 60; Paulick 154.

oder Gestaltungsurteil ¹ ist.

Der Ausschluss erfolgt durch Ausübung eines Gestaltungsrechts und nicht durch Klage². Nachdem das letztinstanzlich zuständige Organ den Ausschluss vorgenommen hat, liegt ein anfechtbarer, zunächst aber wirksamer Beschluss vor. Die Anfechtung wird durch eine Gestaltungsklage ausgeübt, die die Gültigkeit des Beschlusses aufheben will³. Während der Zeit bis zur Urteilsfällung besteht ein resolutiver Schwebezustand, während dem der angefochtene Beschluss gültig ist. Somit ist das die Klage abweisende Urteil ein Feststellungsurteil, da es feststellt, dass der angefochtene Beschluss während des resolutiven Schwebezustandes gültig war. Demgegenüber hebt das die Klage gutheissende Urteil den Beschluss mit rückwirkender Kraft auf. Somit handelt es sich um ein Gestaltungsurteil⁴.

2. Wirkungen des Urteils

a. Abweisung der Klage

Nachdem der Ausschluss seit dem Entscheid des Vereins gültig war, kann bei Abweisung der Klage festgestellt werden, dass der Ausschluss von Anfang an wirksam gewesen ist. Die Mitgliedschaft ist mit dem Entscheid des letztinstanzlich zuständigen Vereinsorgans rechtsgültig beendet worden.

1: Gutzwiller N 18 zu Art. 846 OR. Allerdings stützt dieser Autor seine Meinung auf BGE 69 II 121. Dieser Entscheid betraf den Ausschluss aus einer Kollektiv-Gesellschaft. Dieser erfolgt durch ein Gestaltungsurteil des Richters. Gerade dies trifft aber beim Ausschluss aus Genossenschaft und Verein nicht zu. Vgl. Seite 12.

2: Vgl. Seite 12.

3: Eine Ausnahme gilt etwa bei einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Urteils.

4: Dieses Ergebnis entspricht der allgemeinen Regel, wonach auch Urteile, die eine Gestaltungsklage abweisen, den Charakter eines Feststellungsurteils haben, indem sie rechtsverbindlich feststellen, dass der geltend gemachte Anspruch auf Rechtsänderung nicht besteht (Guldener 211).

b. Gutheissung der Klage

Wie vorne festgestellt, hebt das die Anfechtungsklage schützende Urteil den Ausschlussbeschluss mit rückwirkender Kraft auf. Es ist aber zu prüfen, ob in jedem Fall Rückwirkung vorliegt.

aa. Rückwirkung

In der Zeit zwischen dem Entscheid des Vereins und dem Urteil besteht ein resolutiver Schwebezustand¹. Entsprechend den allgemeinen Regeln über die Anfechtbarkeit tritt bei Gutheissung der Klage grundsätzlich Rückwirkung ein. Nichtrückwirkung ist eine Ausnahme, die näherer Begründung bedarf. Keine Rückwirkung kann in den Fällen eintreten, in denen sie der Rechtssicherheit widerspricht².

Rückwirkung ist für die vermögenswerten Rechte und Pflichten³ anzunehmen. Der rückwirkenden Geltendmachung vermögenswerter Rechte steht die Rechtssicherheit nicht im Wege. Deshalb sind diese grundsätzlich in natura rückwirkend zu erbringen, wenn dies praktisch durchführbar ist. Dies gilt beispielsweise für den Fall, dass ein Verein periodisch vermögenswerte Leistungen entrichtet.

Gewisse Leistungen können aber in natura nicht rückwirkend geltend gemacht werden. Dies gilt z. B. für das Recht auf Benutzung von Vereinseinrichtungen⁴. In solchen Fällen ist dem Mitglied ein Schadenersatz zuzusprechen, wenn die Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sind.

Entsprechendes gilt für die vermögenswerten Pflichten des Mitglieds. Diese sind in natura zu erbringen⁵, sofern dies möglich ist. Andernfalls ist Ersatz zu leisten.

1: Heini 554; ders., Bemerkungen 167; Winkler 193; vgl. Seite 136.

2: So auch Heini 554.

3: Zu diesem Begriff Meier-Hayoz/Forstmoser 341.

4: Bsp. aus Meier-Hayoz/Forstmoser a.a.O.

5: Egger N 3 zu Art. 73 ZGB.

bb. Ausnahme

Nicht vermögenswerte Rechte und Pflichten können per definitionem nicht in eine Geldleistung umgewandelt werden.

Zudem widerspricht die Rückwirkung der Rechtssicherheit. So müsste man beispielsweise sämtliche in der Zeit zwischen Klage und Urteil ergangenen Beschlüsse erneut fassen, weil der Betroffene nicht an den Abstimmungen teilnehmen konnte. Dies würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen, weshalb die in der Zwischenzeit ergangenen Beschlüsse unverändert fort dauern.

Eine Ausnahme ist aber für eine möglicherweise in der Zwischenzeit erfolgte Umwandlung des Vereinszwecks zu machen. Diese darf gemäss Art. 74 ZGB keinem Mitglied aufgezwungen werden. Vielmehr kann es sofort aus dem Verein austreten oder die Zweckumwandlung gemäss Art. 75 ZGB anfechten¹. Eine Zweckumwandlung ist eine derart schwerwiegende Massnahme, dass das Einzelinteresse an der Anfechtung der Zweckumwandlung dem allgemeinen Interesse am Fortbestand des auf Zweckumwandlung gerichteten Beschlusses vorgeht. Die Anfechtungsklage gegen die Zweckumwandlung ist von einem ausgeschlossenen Mitglied vorsorglich während des Prozesses über seinen eigenen Ausschluss zu erheben. Dies ergibt sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Würde die Frist zur Anfechtung der Zweckumwandlung für ein ausgeschlossenes Mitglied nämlich erst nach erfolgreicher Anfechtung des Ausschlusses beginnen, so wäre der Verein zu lange im ungewissen, ob die Zweckumwandlung angefochten wird oder nicht. Demgegenüber steht bei vorsorglicher Klageerhebung in jedem Fall nach einem Monat nach der Beschlussfassung über die Zweckumwandlung fest, ob diese angefochten wurde oder nicht.

1: Egger N 5 zu Art. 74 ZGB; Hafter N 6 zu Art. 74 ZGB; sinngemäss auch Heini 548.

III. Richterliche Kognition

A. Herrschende Lehre und Rechtsprechung

Eines der wichtigsten Probleme im Bereich des Ausschlusses aus dem Verein ist der Umfang der richterlichen Prüfungsbefugnis¹. Vorerst sollen im Sinne einer Bestandesaufnahme die herrschende Lehre und Rechtsprechung sowie die bisher in der Literatur dagegen erhobenen Einwände dargestellt werden. Danach ist das Ergebnis zu überprüfen, insbesondere zu den erhobenen Einwänden Stellung zu nehmen.

1. Statutarisches Ausschlussrecht

a. Ausschluss mit Angabe von Gründen

Sofern die Statuten die Gründe bestimmen, aus denen ein Mitglied ausgeschlossen werden darf, ist eine Anfechtung der Ausschlusssung wegen ihres Grundes nicht statthaft (Art. 72 Abs. 2 ZGB). Dies bedeutet nach herrschender Lehre und Rechtsprechung², dass

-
- 1: In Deutschland, wo das BGB den Ausschluss aus dem Verein nicht regelt, ist dieses Problem seit Anfang Gegenstand zahlreicher Monographien (vgl. eine Auswahl bei Meyer-Cording 146 ff.). War die richterliche Ueberprüfungsbefugnis anfänglich unter dem Einfluss der Genossenschaftstheorie Otto von Gierkes noch recht eingeschränkt (Beuthien 2), ein Rechtszustand, der massgeblich auf das ZGB eingewirkt hat (Meyer-Cording 108), so entwickelte sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH später in ähnlicher Weise wie in der Schweiz. Vgl. dazu die im Literaturverzeichnis angeführten Darstellungen von Meyer-Cording, Beuthien und Flume. Gerade weil das Vereinsrecht des BGB keine Ausschlussregelung kennt, die Regelung der Kognition also vollständig auf Richterrecht beruht, lässt das deutsche Recht auch wesentlich mehr Raum für grundsätzliche Diskussionen.
- 2: BGE 51 II 242, 85 II 541, 90 II 347; Daeniker 133; Egger N 9/10 zu Art. 72 ZGB; Hafer N 5 zu Art. 72 ZGB; Heini 553 f.; Kummer, Spielregel 53; Liver, ZBJV 96 397 f.; Merz N 322 zu Art. 2 ZGB; Weiss II Nr. 873 f. zu Art. 72 ZGB S. 305.

dem Richter in materieller Hinsicht keine Ueberprüfung hinsichtlich des Grundes zusteht, weder eine Feststellung, ob sich dieser verwirklicht hat, noch, ob er eine Ausschliessung rechtfertigt. Eine materielle Ueberprüfung erfolgt nur im Falle des Rechtsmissbrauchs, d. h. wegen offenbaren Missbrauchs des Ausschliessungsrechtes.

Dagegen ist der Richter uneingeschränkt befugt, die Rechtmässigkeit des Verfahrens zu kontrollieren¹.

b. Ausschluss ohne Angabe von Gründen

Gemäss Art. 72 Abs. 2 ZGB ist eine Anfechtung der Ausschliessung wegen ihres Grundes ebenfalls nicht statthaft, wenn die Statuten die Ausschliessung ohne Angabe der Gründe gestatten. Auch in diesem Falle darf der Richter bloss das Verfahren kontrollieren und prüfen, ob der Ausschluss offenbar rechtsmissbräuchlich erfolgte².

2. Gesetzliches Ausschlussrecht

Einen Ausschluss aus wichtigem Grunde gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB darf der Richter nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung³ in jeder Hinsicht uneingeschränkt überprüfen. Er darf somit die Rechtmässigkeit des Verfahrens kontrollieren, aber auch prüfen, ob der vom Verein angeführte Grund sich verwirklicht hat und ob es sich um einen wichtigen Grund handelt.

1: BGE 51 II 242, 85 II 541, 90 II 347; Curti-Forrer N 3 zu Art. 72 ZGB; Daeniker 133; Egger N 9 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 4 zu Art. 72 ZGB; Heini 553 f.; Kummer, Spielregel 53; Liver, ZBJV 96 397f.; Merz N 322 zu Art. 2 ZGB; Weiss II Nr. 873 f. zu Art. 72 ZGB S. 305.

2: BGE 51 II 241, 85 II 541; Daeniker 134; Egger N 9 f. zu Art. 72 ZGB; Hafter N 6 zu Art. 72 ZGB; Heini 553 f.; Kummer, Spielregel 53; Liver, ZBJV 96 397 f.; Merz N 330 zu Art. 2 ZGB; Weiss II Nr. 871 zu Art. 72 ZGB S. 304 f..

3: BGE 51 II 241; Daeniker 134; Egger N 11 zu Art. 72 ZGB; Hafter N 9 zu Art. 72 ZGB; Heini 534; Weiss II Nr. 870 zu Art. 72 ZGB S. 304; SJZ 43 S.329.

B. Kritische Stimmen in der Literatur

1. Daeniker

Armin Daeniker beschäftigte sich als erster Autor näher mit dem Problem des Ausschlusses aus dem Verein im schweizerischen Recht. Schon dieser Autor stellte fest¹, dass dem Richter in allen Fällen die formelle Nachprüfung zustehe. Dies sei grundsätzlich unanfechtbar. Umstritten sei jedoch die Frage der materiellen richterlichen Nachprüfung. Dabei beziehe sich die Kontroverse nur auf den Fall des Ausschlusses aus statutarischen Gründen.

Daeniker meinte, dass "die Begründung, die zu dem Ausschluss der materiellen richterlichen Nachprüfung in den Beratungen gegeben wurde"... "allerdings eher von dem Gedanken beherrscht" war, "dass der Richter nicht darüber entscheiden solle, ob die sachlichen Voraussetzungen zu einer Ausschliessung genügend Anlass geben, nicht dass er überhaupt auf den Grund nicht einzutreten habe. Denn ein Missbrauch ist unter der heutigen kategorischen Fassung des Absatz II wohl möglich."² Daraus schliesst dieser Autor, dass der Richter den Ausschluss auf offenbaren Rechtsmissbrauch überprüfen darf³.

2. Liver

In seinen Besprechungen von BGE 85 II 525 ff.⁴ und 90 II 346⁵ zweifelt Liver an der Meinung des Bundesgerichts, dass auch eine "allgemeine Umschreibung noch als Festlegung der Ausschlussgründe gelten könne".⁶

Der gleiche Autor bemerkte⁷, es sei inkonsequent, den Ausschluss

1: Dafür und für das folgende, Daeniker 133 ff..

2: A. a. O. 136

3: A. a. O. 136.

4: Liver, ZBJV 96 395 ff..

5: Liver, ZBJV 101 370 ff..

6: Liver, ZBJV 96 397.

7: Liver, ZBJV 101 372.

ohne Grundangabe und denjenigen aus statutarischen Gründen gleich zu behandeln. Es sei nicht leicht verständlich, "dass die Anfechtung des Ausschlussbeschlusses mit der Begründung, dass keiner der in den Statuten festgesetzten Gründe oder der im Beschluss angeführte statutarische Grund nicht gegeben sei, nicht zugelassen" werde¹.

3. Kummer

Kummer² geht von einer Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse aus und kommt zum Ergebnis, dass viele Vereine, insbesondere Wirtschafts- und Sportverbände, sich weit vom gesetzlichen Typus des idealen Vereins entfernt hätten. "Der Gesetzgeber glaubte die - erstaunliche - Ausschlussautonomie (ZGB 72 II), diesen 'umfassenden, wenn auch nicht unbedenklichen Freibrief', gerade beim Verein und nur hier wagen zu dürfen und wagen zu sollen, weil er den Verein auf eine rein 'ideale', eine nichtwirtschaftliche Zwecksetzung anlegte, die Mitglieder demnach in nichtwirtschaftlichen Bestrebungen verbunden wissen wollte. ...Diese Voraussetzungen, die zu solch singulärer Regelung des Ausschlussrechtes veranlassten, treffen indessen heute für viele Vereine nicht mehr zu".³

Die Lösung des Problems sieht Kummer darin, dass ein Ausschluss richterlicher Ueberprüfung zu unterstellen ist, der ein Mitglied in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt⁴. Dabei soll es keine Rolle spielen, ob ein Verein unverfälscht idealen oder ausserdem auch wirtschaftlichen Interessen dient. Ueberbordende Vereinsmacht, die das Persönlichkeitsrecht verletzen könnte, finde sich bei allen Arten von Vereinen⁵.

1: Liver, ZBJV 101 372.

2: Kummer, Spielregel 53 ff..

3: A. a. O. 54.

4: A. a. O. 57.

5: A. a. O. 58.

4. Merz

Nach Merz muss sich jeder Verein an seinen statutarisch festgesetzten Zweck als Grundregel halten. Die statutarischen Ausschlussgründe seien Ausdruck des Vereinszwecks im Hinblick auf das Verhalten der Mitglieder. Deshalb sei eine unmittelbare Anrufung des Rechtsmissbrauchs nicht nötig, gehe es doch bei der Ueberprüfung des Ausschlusses um "die unmittelbare Anwendung der Statuten und des Art. 72 ZGB"¹. Dieser Ansicht haben sich Deschenaux² und Liver³ angeschlossen.

Nach Merz ist die Anfechtung des Ausschlusses logischerweise auch zuzulassen, weil der behauptete statutarische Grund nicht besteht⁴. Auch Vereine, die den Ausschluss ohne Grundangabe vorsehen, seien an den statutarisch festgesetzten Zweck gebunden. Deshalb sei auch in diesem Fall die Berufung auf zweckwidrige Handhabung des Ausschlusses zulässig⁵.

C. Ergebnis

1. Formelle Rechtsanwendung

Der vorstehende Ueberblick zeigt, dass eigentlich nur die Frage der materiellen Ueberprüfung des Ausschlusses Anlass zu Diskussionen gab. Völlig unbestritten ist in der Lehre und Rechtsprechung, dass der Richter in jedem Falle die Rechtmässigkeit des Ausschlussverfahrens überprüfen darf.

Eigenartig ist, dass dieses Ergebnis weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung näher begründet wird. Dabei ist die Lösung naheliegend. Wie vorne⁶ festgestellt, ist die Klage gegen den Ausschluss wie diejenige gemäss Art. 75 ZGB gegen gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse gerichtet, die

1: Merz N 322 zu Art. 2 ZGB.

2: Deschenaux 174 f..

3: Liver, ZBJV 101 372.

4: Merz N 322 zu Art. 2 ZGB.

5: Merz N 330 zu Art. 2 ZGB.

6: Vgl. Seite 143 f..

Mitgliedschaftsrechte betreffen. Art 75 ZGB stellt ein allgemeines und grundsätzlich unbeschränktes Anfechtungsrecht gegen gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse auf. Deshalb ist eine Einschränkung der richterlichen Prüfung, wie Heini völlig zutreffend ausführt¹, eine Ausnahme von der "rule of law" und daher nur dort zulässig, wo sie sich auf eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift stützen kann. Dies ist in Art. 72 Abs. 2 ZGB der Fall. Was Art. 72 Abs. 2 ZGB genau regelt, wird Gegenstand des nächsten Abschnittes sein. Jedenfalls schweigt sich diese Gesetzesbestimmung völlig über Anfechtung und Prüfung des Ausschlussverfahrens aus. Deshalb ist Art. 75 ZGB anzuwenden, wonach gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse anfechtbar sind. Gesetz- und statutenwidrig sind natürlich auch Ausschlüsse, die gegen gesetzliche oder statutarische Verfahrensvorschriften² verstossen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob ein Verstoss gegen zwingende gesetzliche oder statutarische Vorschriften vorliegt. Bei fehlender Statutenbestimmung müssen zudem auch die dispositiven Verfahrensvorschriften eingehalten werden.

Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung dem Richter die Befugnis zu Recht erteilen, die Rechtmässigkeit des Ausschlussverfahrens, die formelle Rechtsanwendung, zu überprüfen. Der Richter darf somit prüfen, ob die vorne³ dargestellten Verfahrensvorschriften im konkreten Fall eingehalten wurden. Wenn ein Verstoss dagegen vorliegt, wird der Richter den Ausschlussbeschluss mit rückwirkender Kraft aufheben. Es ist dem Verein unbenommen, erneut ein Ausschlussverfahren gegen das betreffende Mitglied einzuleiten.

2. Materielle Rechtsanwendung

Art. 72 Abs. 2 ZGB schränkt Art. 75 ZGB mit Bezug auf die materielle richterliche Kognition des Ausschlusses ein.

1: Heini 550.

2: Vgl. dazu Seite 77 ff..

3: Seite 77 ff..

a. Ausschluss ohne Angabe des Grundes

Unbestritten ist, dass der Richter beim Ausschluss ohne Angabe von Gründen nicht auf einen Grund eingehen kann. Dies ergibt sich ganz einfach daraus, dass eben kein Grund angegeben wird. Hingegen geht man in der Lehre davon aus, dass auch in diesem Falle der Richter überprüfen darf, ob ein Ausschluss rechtsmissbräuchlich sei¹. Dagegen meint Liver², wie schon Curti-Forrer³, dass der Ausschluss ohne Grundangabe auch nicht unter dem Gesichtspunkte des Rechtsmissbrauchs angefochten werden kann.

M. E. ist der herrschenden Lehre zuzustimmen. Es ist nämlich davon auszugehen, dass Ausschluss ohne Grundangabe nicht mit grundlosem Ausschluss gleichzusetzen ist⁴. Somit können Gründe zwar bestehen, diese müssen aber nicht angegeben werden. Im Einzelfall kann somit ersichtlich werden, welche Zwecke der Verein verfolgte. Livers Auffassung scheint von Beweisschwierigkeiten bestimmt zu sein.

In der Tat ist es fast unmöglich, dem Verein einen Rechtsmissbrauch nachzuweisen, wenn er den Ausschluss ohne Angabe des Grundes vornehmen darf. Dennoch ist es theoretisch denkbar, dass in einem Einzelfall die Schikane des Vereins nachgewiesen werden kann.

Zu betonen ist, dass der Nachweis des Rechtsmissbrauchs durch das Mitglied zu führen ist. Der Verein trägt bloss die Beweislast dafür, dass der Ausschluss gesetz- und statutengemäss vorgenommen wurde. Indiz für die Schikane wird insbesondere die Zweckwidrigkeit und Interesselosigkeit der Rechtsausübung sein⁵. An der Tatsache, dass der Ausschluss ohne Grundangabe die Möglichkeit des Rechtsmissbrauchs gewissermassen schon enthält, ist nichts zu ändern.

b. Ausschluss mit Grundangabe

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine materielle Nachprüfung des Ausschlusses aus statutarischen Gründen nur unter dem

1: Vgl. Seite 161.

2: Liver, ZBJV 96 398.

3: Curti-Forrer N 2 zu Art. 72 ZGB.

4: Seite 55.

5: Merz N 330 zu Art. 72 ZGB.

Gesichtspunkte des Rechtsmissbrauchs möglich. Dieses Ergebnis befriedigt nicht. Dies zeigen schon die vorstehend angeführten kritischen Stimmen. Art. 72 Abs. 2 ZGB ist möglichst eingehend zu untersuchen. Dabei wird sich zeigen, ob die herrschende Lehre und Rechtsprechung haltbar sind.

c. Ausschluss aus wichtigen Gründen

Unbestritten ist, dass dem Richter im Falle des Ausschlusses aus wichtigen Gründen nebst der Kontrolle der formellen Rechtsanwendung auch die uneingeschränkte materielle Kognition zusteht. Der Richter darf somit sowohl prüfen, ob der vom Verein angeführte Grund vorliegt wie auch, ob es sich dabei um einen wichtigen Grund handelt.

Dieses Ergebnis lässt sich ebenso wie die uneingeschränkte formelle Kognition des Richters begründen. Weil Art. 72 ZGB die Anfechtung des Ausschlusses aus wichtigem Grunde gemäss Art. 72 Abs. 3 ZGB nicht regelt, kommt Art. 75 ZGB zur Anwendung. Danach sind gesetz-oder statutenwidrige Beschlüsse anfechtbar. Ein Ausschluss aus einem bloss vorgeschobenen oder nicht wichtigen Grund ist gesetzwidrig.

IV. Materielle richterliche Ueberprüfung des Ausschlusses aus statutarischen Gründen im besonderen

A. Ausgangspunkt

Im vorliegenden Abschnitt soll die Bedeutung von Art. 72 Abs. 2 ZGB für die Anfechtung des Ausschlusses aus statutarischen Gründen untersucht werden.

Vorgängig ist es aber zweckmässig, sich Gedanken über das Verhältnis zwischen den denkbaren Möglichkeiten richterlicher Kontrolle und den in Art. 72 ZGB vorgesehenen Wegen, ein Mitglied auszuschliessen, zu machen.

1. Ausschlussregelungen gemäss Art. 72 ZGB

Ein Mitglied kann bei entsprechender Statutenbestimmung ohne Grundangabe oder aus einem bestimmten Grund und auch¹ ohne statutarische Vorschrift aus wichtigen Gründen aus dem Verein ausgeschlossen werden.

2. Möglichkeiten richterlicher Kontrolle

a. Materielle Rechtsanwendung

aa. Normenkontrolle

Theoretisch denkbar wäre die Befugnis des Richters zur Ueberprüfung der Rechtmässigkeit des Grundes, auf den sich der Ausschluss stützt. In Art. 72 Abs. 1 ZGB wird aber ausdrücklich festgehalten, dass die Statuten den Ausschluss ohne Grundangabe vorsehen dürfen. Aus Art. 72 Abs. 3 ZGB ergibt sich andererseits die Befugnis der Vereine, einen Ausschluss auch ohne Statutenbestimmung aus wichtigen Gründen vorzunehmen. Somit kommt eine richterliche Normenkontrolle von vorneherein nur beim Ausschluss aus statutarischen Gründen in Frage. Es könnte somit untersucht werden, ob der in den Statuten angegebene Grund den Ausschluss rechtfertigt.

bb. Anwendung der Norm

Das zuständige Vereinsorgan wendet die Statutenbestimmung an. Entsprechend den Aufgaben², die es dabei zu lösen hat, ergeben sich verschiedene Möglichkeiten richterlicher Kontrolle.

aaa. Sachverhaltskontrolle

Der Richter könnte primär prüfen, ob der Sachverhalt, auf den sich der Ausschlussbeschluss stützt, vorliegt.

bbb. Subsumtionskontrolle

Weiter könnte untersucht werden, ob der Verein den Sachverhalt

1: Ein Ausschluss aus wichtigen Gründen ist auch zulässig, wenn andere statutarische Ausschlussgründe bestehen, vgl. Seite 41.
2: Vgl. dazu eingehend Seite 108 ff.

richtig unter den Tatbestand subsumiert hat.

ccc. Kontrolle der Rechtsfolge

aaaa. Bestimmte Rechtsfolge mit Pflicht zu deren Anwendung

In den Fällen, in denen die Pflicht zur Anwendung einer bestimmten Rechtsfolge besteht, käme die Ueberprüfung der Anwendung der Rechtsfolge einer Normenkontrolle gleich. Somit besteht in diesem Fall keine zusätzliche Ueberprüfungsmöglichkeit.

bbbb. Bestimmte Rechtsfolge ohne Pflicht zu deren Anwendung und unbestimmte Rechtsfolge mit Entschliessungsermessen

Dem Verein steht auch bei bestimmten Rechtsfolgen im allgemeinen Entschliessungsermessen zu. Bestimmte Rechtsfolgen unterscheiden sich nämlich in der Regel nicht von unbestimmten Rechtsfolgen, die ausdrücklich das Entschliessungsermessen vorsehen. In beiden Fällen könnte das Entschliessungsermessen des Vereins kontrolliert werden.

cccc. Unbestimmte Rechtsfolge mit Auswahlermessen

Wenn für einen Tatbestand verschiedene Rechtsfolgen vorgesehen sind, hat der Verein Auswahlermessen. Im allgemeinen steht ihm aber auch in diesem Falle Entschliessungsermessen zu, da er nicht zur Anwendung einer Rechtsfolge verpflichtet ist.

b. Formelle Rechtsanwendung

Denkbar ist schliesslich die Befugnis des Richters zur Kontrolle der Rechtmässigkeit des Verfahrens.

Wenn alle Varianten der Kontrolle der Rechtsfolge zusammenge-
nommen werden, ergeben sich fünf verschiedene Möglichkeiten richterlicher Kontrollen, nämlich die Normen-, Sachverhalts-, Subsumtionskontrolle, die Kontrolle der Rechtsfolge und die Verfahrenskontrolle.

3. Kombination von Ausschlussregelungen und Möglichkeiten richterlicher Kontrolle

Kombiniert man die drei Ausschlussregelungen mit den Möglichkeiten richterlicher Kontrolle, so ergibt sich folgendes:

a. Ausschluss ohne Angabe von Gründen

Beim Ausschluss ohne Grundangabe müssen die Vereine keine Gründe nennen. Dies bedeutet, dass das zuständige Organ keinen Sachverhalt ermitteln muss und auch die Aufgaben der Subsumtion und der Anwendung der Rechtsfolge entfallen. Der Ausschluss steht vollständig im Ermessen des zuständigen Organs. Daraus ergibt sich, dass der Richter den Ausschluss ohne Grundangabe in materieller Hinsicht nicht überprüfen kann. Auszunehmen ist von dieser Regel bloss der Fall des Rechtsmissbrauchs. Einzige Kontrollmöglichkeit bietet somit in der Regel die formelle Rechtsanwendung.

b. Ausschluss mit Grundangabe

Beim Ausschluss mit Angabe von Gründen sind alle fünf Möglichkeiten richterlicher Kontrolle denkbar. Wenn der Tatbestand die Pflicht zur Anwendung einer bestimmten Rechtsfolge enthält, so bestehen allerdings nur noch vier Möglichkeiten, da in diesem Falle Rechtsfolge und Normenkontrolle identisch sind.

c. Ausschluss aus wichtigen Gründen

Auch beim Ausschluss aus wichtigen Gründen sind fünf Kontrollmöglichkeiten denkbar. Insbesondere steht die Anwendung der Rechtsfolge im allgemeinen im Ermessen des Vereins. Dessen Ausübung könnte der Richter überprüfen. Im Gegensatz zum Ausschluss ohne Grundangabe bestehen Kriterien, anhand derer die Ermessensausübung nachvollzogen werden kann.

B. Bedeutung von Art. 72 Abs. 2 ZGB für den Ausschluss aus statutarischen Gründen

Art. 72 Abs. 2 ZGB lautet: "Eine Anfechtung der Ausschliessung wegen ihres Grundes ist in diesen Fällen nicht statthaft."

Dabei bezieht sich "in diesen Fällen" auf Abs. 1, wo die Vereine ermächtigt werden, statutarische Ausschlussgründe zu nennen und den Ausschluss ohne Grundangabe vorzusehen.

Dass in Art. 72 Abs. 2 ZGB von der Kontrolle des Ausschlussverfahrens nicht die Rede ist, ist offensichtlich. Deshalb darf das Ausschlussverfahren vom Richter auch uneingeschränkt überprüft werden¹. Was aber im übrigen mit der Anfechtung "wegen ihres Grundes" gemeint ist, die Sachverhalts- oder die Subsumtionskontrolle oder die Kontrolle der Rechtsfolge, soll im folgenden durch Auslegung ermittelt werden.

1. Auslegung im allgemeinen

Nach der in der schweizerischen Lehre herrschenden objektiv-historischen Methode² hat der Richter bei der Auslegung zuerst den entstehungszeitlichen Sinn einer Norm zu ermitteln. Davon darf er nur abgehen, wenn dies objektive Gründe geradezu gebieten.

Für die Ermittlung des historischen Sinnes stehen dem Richter verschiedene Auslegungselemente³ zur Verfügung. Das grammatische⁴ Element geht vom Wortlaut aus, das systematische⁵ stellt auf den Zusammenhang im Gesetz, das teleologische⁶ auf den Zweck und das historische⁷ auf die Gesetzesmaterialien ab. Schliesslich ist auch das realistische⁸ Element zu beachten, d. h. die Gesamtheit der tatsächlichen Umstände.

1: Vgl. Seite 164 f..

2: Meier-Hayoz N 151 ff. zu Art. 1 ZGB.

3: A. a. O. N 179 ff. zu Art. 1 ZGB.

4: A. a. O. N 184 ff. zu Art. 1 ZGB.

5: A. a. O. N 188 ff. zu Art. 1 ZGB.

6: A. a. O. N 192 ff. zu Art. 1 ZGB.

7: A. a. O. N 214 ff. zu Art. 1 ZGB.

8: A. a. O. N 210 ff. zu Art. 1 ZGB.

2. Auslegung von Art. 72 Abs. 2 ZGB im besonderen

a. Grammatisches Element

Der Wortlaut von Art. 72 Abs. 2 ZGB ist nicht eindeutig. "Eine Anfechtung ...wegen ihres Grundes ist ... nicht statthaft", kann bedeuten, dass auf den Grund der Ausschliessung überhaupt nicht eingetreten werden darf. Somit wären dem Richter Normen-, Sachverhalts- und Subsumtionskontrolle ebenso verwehrt wie die Ueberprüfung der Rechtsfolge. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht zwingend. Der Wortlaut des Gesetzes kann auch bloss bedeuten, dass die Berechtigung des Grundes nicht überprüft werden darf, was bloss die Normenkontrolle ausschliessen würde. Naheliegender ist allerdings eher die erste Auslegung.

b. Realistisches Element

Die gesetzgeberische Erklärung ist auf dem Hintergrund der ganzen historischen Situation zu betrachten, welche der Gesetzgeber bewusst oder unbewusst voraussetzte¹.

Der historische Gesetzgeber setzte voraus, dass die Vereine ideale Zwecke verfolgen. Folglich wurde der Ausschluss anhand von Beispielen aus Gesangs- und Turnvereinen begründet².

Heute steht die Vereinsform aber auch Kartellen und Wirtschaftsverbänden offen³. Hier herrschen oft materielle Interessen vor. Während für den idealen Verein eine eher weitherzige Ausschlussregelung gerechtfertigt sein mag, passt diese auf Kartelle und Wirtschaftsverbände nicht. Im Hinblick auf diese Wandlung der Verhältnisse ist eine enge Auslegung des Ausschlussrechts der Vereine vorzunehmen. Umgekehrt bedeutet dies, dass Einschränkungen der richterlichen Kontrollmöglichkeiten nur anzunehmen sind, wenn sie durch das Gesetz gefordert werden.

1: Meier-Hayoz N 210 zu Art. 1 ZGB.

2: Vgl. Seite 173 ff..

3: Vgl. Seite 71.

c. Historisches Element (Gesetzesmaterialien)

aa. Vorentwurf von 1900

Art. 89 Abs. 2 des Vorentwurfs¹ sah vor, dass das ausgeschlossene Mitglied den Ausschliessungsbeschluss innert Monatsfrist, von der Mitteilung an gerechnet, auf dem Rechtswege anfechten könne. Wie weit die richterliche Kognition in materieller Hinsicht gegangen wäre, ist nicht ganz sicher. In seinen Erläuterungen zum Vorentwurf führte der Gesetzesredaktor folgendes aus²: "Allen diesen Bestimmungen gegenüber wurde aber eine Kautel am Platze erachtet, die das Mitglied gegen eine Vergewaltigung schützen soll, nämlich das Recht des Ausgeschlossenen, den Ausschliessungsbeschluss anzufechten, weil er gegen Gesetz oder Statut gefasst worden sei. Die Anfechtung kann das Formelle beschlagen oder den Grund der Ausschliessung. Sie wird aber allerdings in letzterer Hinsicht in den Fällen aussichtslos sein, wo statutarisch der Verein die Befugnis hat, die Ausschliessung ohne Angabe eines Motivs vorzunehmen."

Wie vorne³ festgestellt, enthielt Art. 89 des Vorentwurfs sinngemäss die Möglichkeit, einen Ausschluss aus bestimmten, statutarisch genannten Gründen vorzunehmen. Es ist aber nicht anzunehmen, dass dem Richter eine Normenkontrolle zugestanden wäre. Dies hätte die Befugnis, statutarisch bestimmte Ausschlussgründe anzuführen, nämlich wertlos gemacht. Eine weitere Beschränkung der richterlichen Kognition hätte sich aus dem Wortlaut der Bestimmung aber nicht ergeben.

bb. Beratungen der Grossen Expertenkommission

Das Protokoll über die Beratungen der Grossen Expertenkommission ist zuweilen unklar, so dass es auch äusserst schwierig ist, die Ansichten der Experten genau zu verstehen. Deshalb werden nur die in der Kommission vertretenen grundsätzlichen Haltungen darge-

1: Vgl. den genauen Wortlaut auf Seite 28 Anm. 2.

2: E. Huber, Erläuterungen 90.

3: Seite 28 ff.

stellt, ohne dass auf Einzelheiten eingegangen wird.

Auf der einen Seite stand die insbesondere von Wirz¹ vertretene Meinung, wonach der Richter den Ausschluss in materieller Hinsicht überhaupt nicht überprüfen dürfe. Gerade entgegengesetzt war die Haltung der Experten Schneider² und Brosi³, die einer uneingeschränkten materiellen richterlichen Ueberprüfung das Wort redeten. Aufschlussreich ist die Begründung von Brosi. Dieser wies darauf hin, dass jemand wegen unehrenhafter Handlungen ausgeschlossen werden könnte. Gerade weil über den Begriff der unehrenhaften Handlung verschiedene Ansichten möglich seien, müsse das Mitglied den Ausschluss anfechten können, da der Ausschluss Folgen für das ganze zukünftige Leben des Mitglieds haben könne.

Vermittelnd war die Ansicht des Experten Gottofrey⁴. Zwar opponierte dieser gegen eine materielle richterliche Ueberprüfung. Er begründete dies damit, dass es wenig empfehlenswert sei, den Richter darüber entscheiden zu lassen, ob jemand aus einem Gesangs- oder Turnverein ausgeschlossen werden dürfe, weil er schlecht singe bzw. turne. Damit ist aber nichts anderes als die Kontrolle der Subsumtion unbestimmter Tatbestände gemeint.

Der Vorschlag⁵, den die Expertenkommission schliesslich machte, liess die zur Diskussion gestellte Frage offen. Gemäss Art. 89 Abs. 3 des Vorschlags der Expertenkommission konnte das Mitglied den aus wichtigem Grunde erfolgten Ausschluss anfechten, weil die Ausschluss ohne genügenden Grund erfolgt sei. Der Ausschluss ohne Grundangabe konnte nur angefochten werden, weil er nicht in den statutarischen Formen erfolgte. Ueber den Ausschluss aus statutarischen Gründen fehlt eine Regelung.

cc. Entwurf des Bundesrates von 1904

6

Art. 82 Abs. 3 des Entwurfs des Bundesrates von 1904 bestimmte:

1: Expertenkommission 51.

2: A. a. O.

3: A. a. O.

4: Expertenkommission 51 f..

5: Vgl. Seite 29.

6: Vgl. den genauen Wortlaut auf Seite 29.

"Das ausgeschlossene Mitglied kann die Ausschliessung innerhalb Monatsfrist, nachdem es von ihr Mitteilung erhalten hat, wegen Verletzung von statutarischen oder gesetzlichen Vorschriften auf dem Rechtswege anfechten." Diese Formulierung gleicht derjenigen von Eugen Huber in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf von 1900¹. Sie entspricht ungefähr dem Wortlaut des heutigen Art. 75 ZGB. Hin- weise, die Schlüsse auf die richterliche Kognition zuliessen, feh- len².

dd. Parlamentarische Beratungen

Die Beratungen in National- und Ständerat drehten sich nebst der Frage der Anfechtungsfrist vor allem um die richterliche Ueber- prüfungsbefugnis.

Während der Nationalrat in der ersten Beratung am bundesrätlichen Entwurf festhielt³, fügte der Ständerat auf Antrag⁴ seiner Kommis- sion den Abs. 2 des heutigen Art. 72 ZGB ein.

Der Referent des Ständerates meinte, dass der Richter beim sta- tutarischen Ausschluss mit oder ohne Grundangabe "materiell nicht zu überprüfen habe", "ob im vorliegenden Falle die Gründe des Aus- schlusses gerechtfertigt seien"⁵. Zur Begründung führte der Refe- rent den Ausschlussgrund des Zuwiderhandelns gegen die politischen Grundsätze des Vereins und denjenigen der mangelhaften Gesangslei- stung an. Es könne nicht zulässig sein, dass der Richter entscheide, ob das betreffende Mitglied schön oder mangelhaft singe.

Diese Beispiele zeigen, dass der Referent des Ständerates nicht zwischen der Normen- und der Subsumtionskontrolle unterschied. In- dem er meinte, der Richter habe nicht zu überprüfen, ob die Gründe des Ausschlusses gerechtfertigt seien, scheint er die Normenkontrol- le gemeint zu haben. Dagegen betreffen die angeführten Beispiele

1: Erläuterungen 90.

2: Insbesondere fehlt jeder Hinweis in der "Botschaft des Bundesra- tes an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch" vom 28. Mai 1904 (vgl. S. 20 f.)

3: StenBull NR 1905 478 ff. (Ergebnis der Beratung auf S 485).

4: Antrag der ständerätlichen Kommission in StenBull StR 1905 940 (Ergebnis der Beratung auf S. 948)

5: StenBull StR 1905 943.

die Kontrolle der Subsumtion unbestimmter Tatbestände. Dass die Subsumtion auch unproblematisch sein kann, wurde nicht erwähnt¹.

Im Differenzbereinigungsverfahren schloss sich der Nationalrat der Fassung des Ständerates an².

ee. Ergebnisse

Ein Vergleich der Gesetzesmaterialien mit den oben³ aufgestellten Kriterien ergibt, dass von der Sachverhaltsermittlung, der Subsumtionskontrolle und der Kontrolle des Rechtsfolgeermessens nie die Rede war. Somit wurden diese richterlichen Kontrollmöglichkeiten auch nicht ausdrücklich abgelehnt.

Dagegen wollten National- und Ständerat dem Richter sicherlich die Ueberprüfung der Subsumtion unbestimmter Tatbestände beim Ausschluss aus bestimmten Gründen verwehren. Bei allen Beispielen, die als Grund für die Beschränkung der richterlichen Ueberprüfungsmöglichkeiten angeführt werden, handelt es sich nämlich um unbestimmte Tatbestände. Dies gilt für die Ausschlussgründe der unehrenhaften Handlung⁴ und des schlechten Singens⁵, etc. Sie zeichnen sich alle dadurch aus, dass über deren Begriff verschiedene vertretbare Auffassungen möglich sind⁶.

-
- 1: Schon Daeniker bemerkte, dass die Beratungen über Art. 72 ZGB nicht vollständig Eingang in den Gesetzestext gefunden haben. "Die Begründung, die zu dem Ausschluss der materiellen richterlichen Nachprüfung in den Beratungen gegeben wurde, war allerdings eher von dem Gedanken beherrscht, dass der Richter nicht darüber entscheiden solle, ob die sachlichen Voraussetzungen zu einer Ausschlussung genügend Anlass geben, nicht, dass er überhaupt auf den Grund nicht einzutreten habe." (Daeniker 136). "Es fragt sich, ob die geltende Fassung der Absicht des Gesetzgebers völlig entspreche..." (Daeniker 136 Anm. 72)
 - 2: Antrag des Ständerates in StenBull StR 1907 233 (Ergebnis der Beratungen im Nationalrat S.244).
 - 3: Seite 168 ff..
 - 4: Brosi, in Expertenkommission 51.
 - 5: StenBull StR 1905 943.
 - 6: Expertenkommission 51.

d. Teleologisches Element

Das teleologische Element stellt auf den Zweck des Gesetzes ab¹. Das Vereinsrecht ist vom Gedanken einer möglichst freiheitlichen Regelung getragen. Dies zeigt sich daran, dass die Vereine noch dem Grundsatz der Vereinsautonomie gemäss Art. 63 ZGB ihre Organisation und ihr Verhältnis zu den Mitgliedern in den gesetzlichen Schranken statutarisch frei regeln können. Auch die Regelung des Ausschlusses im besonderen bezweckt, den Vereinen möglichste Freiheit zu gewähren². Daran hat sich die Auslegung von Art. 72 Abs. 2 ZGB zu richten.

Somit ist zu prüfen, welche Beschränkungen der richterlichen Kognition sich aus der Vereinsautonomie ableiten lassen³.

aa. Normenkontrolle

aaa. Grundsatz

Es wäre widersprüchlich, den Vereinen die Befugnis einzuräumen, statutarisch Ausschlussgründe zu bestimmen, gleichzeitig aber dem Richter die Möglichkeit zu geben, deren Berechtigung zu überprüfen. Die Anerkennung der Normsetzungsbefugnis schliesst die richterliche Normenkontrolle grundsätzlich aus⁴.

1: Tuor/Schnyder 33. Vgl. im einzelnen Meier-Hayoz N 192 ff. zu Art. 1 ZGB.

2: Vgl. das Votum von Ständerat Hoffmann: "Es war die Tendenz ihrer Kommission, die materielle Ueberprüfung des Ausschlussaktes durch den Richter auf ein Minimum zu beschränken." (StenBull StR 1905 943.

3: Auf die anderen Gründe, die für die Zulässigkeit des Ausschlusses sprachen (Vereinszweck und Persönlichkeitsschutz des Vereins), braucht in diesem Zusammenhang nicht mehr eingegangen zu werden. Diese Gründe können nämlich schon nicht mehr für die Rechtfertigung der Ausschlussregelung an sich angeführt werden (vgl. Seite 67). Somit bieten sie auch keine Stütze für die Beschränkung der richterlichen Kognition.

4: Dies hat nichts damit zu tun, dass der Richter eingreifen darf, wenn die Vereine einen Ausschluss vornehmen und sich dabei auf einen Tatbestand stützen, der als Rechtsfolge nur eine andere Sanktion vorsieht. In diesem Falle fehlt es schon an der statutarischen Bestimmung des Ausschlussgrundes gemäss Art. 72 Abs. 1 ZGB.

Die Vereinsautonomie schliesst sogar ein richterliches Einschreiten gegen zweckfremde Ausschlussgründe aus. Somit dürfen die Vereine Ausschlussgründe vorsehen, die sich nicht zwangsläufig aus dem Zweck des Vereins ergäben.

bbb. Ausnahme

Eine Ausnahme vom oben aufgestellten Grundsatz gilt für gesetz-¹ oder sittenwidrige Statutenbestimmungen, die den Ausschluss zur Folge haben. Gemäss Art. 78 ZGB hat der Richter den Verein auf Klage der zuständigen Behörde oder eines Beteiligten aufzulösen, wenn der Zweck des Vereins widerrechtlich oder unsittlich ist. Statutarische Ausschlussgründe sind Ausdruck der in einem Verein herrschenden Anschauungen. Sie konkretisieren den Zweck, den der Verein verfolgt. Widerrechtliche oder unsittliche Ausschlussgründe deuten auf eine widerrechtliche oder unsittliche Zweckverfolgung hin. Erschöpft sich die Rechts- oder Sittenwidrigkeit aber in einzelnen Statutenbestimmungen, so darf der Richter diese nicht anwenden. Auch die Vereinsautonomie lässt keinen anderen Schluss zu. Art. 78 ZGB beweist, dass diese ihre Grenze in der Rechts- und Sittenwidrigkeit findet. Damit wird wiederholt, was auch Art. 63 Abs. 2 ZGB festlegt: Die Vereinsautonomie hat vor dem zwingenden Gesetzesrecht zurückzutreten.

bb. Sachverhaltskontrolle

Die Vereine dürfen statutarisch Ausschlussgründe vorsehen (Art. 72 Abs. 1 ZGB). Dies entspricht dem Grundsatz der Vereinsautonomie als einer Normsetzungsbefugnis. Deren Anerkennung bedingt aber keineswegs eine Zurückhaltung des Richters bei der Ueberprüfung des Sachverhalts, den die Vereine dem Ausschlussbeschluss zugrundelegen. Dass die Vereine Ausschlussgründe frei bestimmen dürfen, bedeutet nicht, dass sie auch darin frei sein müssen, den Sachverhalt zu ermitteln. Dies könnte höchstens einer Vereinsauto-

1: Vgl. die Beispiele auf Seite 52 ff..

nomie entnommen werden, die bedeutet, dass die Vereine ihre Angelegenheiten ohne Einmischung der Staatsgewalt ordnen dürfen. Diese Begriffsbestimmung ist aber abzulehnen¹.

Somit schliesst das teleologische Element eine Sachverhaltskontrolle keineswegs aus.

cc. Subsumtionskontrolle

aaa. Bestimmte Tatbestände

Bestimmte Tatbestände zeichnen sich dadurch aus, dass im Anwendungsfall nur eine Lösung richtig ist. Diese kann ohne Schwierigkeiten ermittelt werden. Deshalb widerspricht die richterliche Kontrolle auch nicht dem Postulat einer möglichst freiheitlichen Regelung des Ausschlusses. Normsetzungsbefugnis beinhaltet nicht das Recht, eine völlig unproblematische Subsumtion falsch vorzunehmen.

bbb. Unbestimmte Tatbestände

Unbestimmte Tatbestände stellen in der Regel auf Wertungen ab, die eng mit den inneren Verhältnissen des Vereins verknüpft sein können². "Das Vereinsrecht fliesst aus dem Gemeingeist der Gruppe und wird von ihm getragen. Aus ihm heraus sind die unbestimmten Straftatbestände auszulegen und die gerechten Massnahmen zu finden. Darüber können die Vereinsinstanzen im allgemeinen selbst am besten befinden."³ So wird der Begriff des schönen Gesangs in einem bescheidenen Laienchor eine andere Bedeutung haben als in einem hochstehenden und professionell geführten Gesangsverein. Ebenso kann das Verhalten, das in einem politischen Verein zu befolgen ist, nur bei intimer Kenntnis der im Verein herrschenden Anschauungen bestimmt werden.

aaaa. Grundsatz

Bei der Kontrolle der Subsumtion unbestimmter Tatbestände gebietet

1: Vgl. Seite 16 f..

2: Flume 136.

3: Meyer-Cording, NJW 228.

die Vereinsautonomie somit eine gewisse Zurückhaltung des Richters. Es wäre widersprüchlich, den Vereinen zu gestatten, an unbestimmte Tatbestände die Rechtsfolge des Ausschlusses zu knüpfen und gleichzeitig dem Richter eine uneingeschränkte Kontrolle darüber zuzugestehen. Gerade weil unbestimmte Tatbestände auf Wer-tungen abstellen, die eng mit den internen Vereinsverhältnissen verknüpft sind, ist Zurückhaltung geboten. Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber die Kontrolle unbestimmter Tatbestände grundsätzlich zu Recht ausschloss. Dieses Ergebnis wird auch von der ratio legis gefordert.

bbbb. Ausnahme

Bei der Subsumtion unbestimmter Tatbestände sind in der Regel verschiedene Auffassungen vertretbar. Ausserdem kann die Subsumtion aber völlig fehlerhaft vorgenommen werden. So kann die Heirat mit einer geschiedenen Frau für eine religiöse, streng katholische Vereinigung einen wichtigen Grund darstellen¹. Der gleiche Sachverhalt darf aber beispielsweise bei einem Berufsverband von Metzgern nicht unter den Begriff des vereinsschädigenden Verhaltens subsumiert werden. Kriterium für die Beurteilung der Richtigkeit der Subsumtion ist nämlich der Vereinszweck. So gehört eine Lebensführung nach den Vorschriften der katholischen Kirche nicht zu den Zwecken eines Berufsverbandes von Metzgern. Demgemäss kann eine Lebensführung, die den Vorschriften der katholischen Kirche widerspricht, für einen Metzgerverband kein vereinsschädigendes Verhalten darstellen.

Die Vereinsautonomie bedingt eine gewisse Zurückhaltung bei der Kontrolle der Subsumtion unbestimmter Tatbestände. Dies gilt jedoch nicht bei offenbar unrichtiger Subsumtion². In diesem Falle liegt nämlich ein ähnlich grober Fehler wie bei der falschen Subsumtion bestimmter Tatbestände vor. Eine verschiedene Behandlung der beiden Fälle drängt sich nicht auf.

1: Beispiel aus BGE 44 II 77 ff..

2: Im Ergebnis gleich Beuthien 5; Flume 111; Horschitz 81; Meyer-Cording 118.

dd. Kontrolle der Rechtsfolge

aaa. Bestimmte Rechtsfolge

aaaa. Kein Ermessen des zuständigen Organs

Ausnahmsweise kann das zuständige Vereinsorgan kein Ermessen in der Anwendung der Rechtsfolge haben¹. In diesem Falle ist die Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsfolge identisch mit derjenigen nach der Rechtmässigkeit des statutarischen Tatbestandes.

Die Vereinsautonomie verbietet grundsätzlich eine richterliche Normenkontrolle. Da Normenkontrolle und Kontrolle der Rechtsfolge identisch sind, verbietet die Vereinsautonomie auch die richterliche Ueberprüfung der Rechtsfolge, wenn der Entscheid nicht im Ermessen des zuständigen Organs steht.

bbbb. Ermessen des zuständigen Organs

Dem zuständigen Organ steht grundsätzlich Entschliessungsermessen zu, d. h. es ist nicht verpflichtet, einen Ausschluss bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes auszusprechen. Somit ergibt sich, dass für die Ueberprüfung bestimmter Rechtsfolgen in diesem Falle gleiche Regeln wie für diejenige unbestimmter Rechtsfolgen gelten.

bbb. Unbestimmte Rechtsfolge

aaaa. Grundsatz

Bei der Anwendung unbestimmter Rechtsfolgen kommt den Vereinen Entschliessungs- oder Auswahlermessen oder beides zu². Demgegenüber hat das zuständige Organ bei bestimmten Rechtsfolgen in der Regel Entschliessungsermessen.

Auch bei der Kontrolle des Rechtsfolgeermessens gebietet die Vereinsautonomie dem Richter eine gewisse Zurückhaltung. Wieder wäre es widersprüchlich, den Vereinen Ausschlussregelungen zu gestatten, die dem zuständigen Organ Ermessen einräumen, dieses Ermessen durch den Richter aber umfassend zu kontrollieren. Zudem wird auch der Ermessensentscheid weitgehend von internen Wertvor-

1: Seite 110.

2: Vgl. vorne Seite 36 f.

stellungen der Gruppe abhängen. Dafür gilt das bei der Behandlung unbestimmter Tatbestände Gesagte.

bbbb. Ausnahme

Wie bei der Subsumtion unbestimmter Tatbestände¹ verbietet die Vereinsautonomie ein Einschreiten gegen qualifizierte Ermessensfehler nicht. Freiheit in der Ermessensausübung bedingt keine Willkür. Qualifizierte Ermessensfehler sind der Ermessensmissbrauch² und die Ermessensüberschreitung bzw. -unterschreitung³.

e. Systematisches Element

Das systematische Element stellt darauf ab, dass das Gesetz als eine Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen ist⁴.

aa. Ausschlussarten und Ueberprüfungsmöglichkeiten

Für den Ausschluss ohne Grundangabe kommt höchstens die Verfahrenskontrolle in Frage⁵. Werden nun Sachverhalts- und Subsumtionskontrolle sowie Ueberprüfung der Rechtsfolge auch beim Ausschluss mit Grundangabe nicht zugelassen, so ist dieser im Ergebnis materiell ebensowenig überprüfbar wie der Ausschluss ohne Grundangabe⁶. Ein Mitglied könnte nämlich ausgeschlossen werden, ohne dass der Ausschluss materiell überprüfbar wäre.

Lässt man hingegen beim Ausschluss mit Grundangabe alle fünf möglichen Kontrollen zu, dann deckt sich diese Ausschlussart mit dem Ausschluss aus wichtigem Grunde. Ein Grund, der objektiv den Ausschluss rechtfertigt, ist letztlich nur ein solcher, der für den

1: Vgl. Seite 179 f..

2: Ermessensmissbrauch ist die Verletzung allgemeiner Rechtsprinzipien (Imboden/Rhinow 409 ff.).

3: Ermessensüberschreitung ist das Handeln nach Ermessen, wo dafür kein Raum besteht. Bei Ermessensunterschreitung handelt die Behörde wie wenn sie gebunden wäre. Tatsächlich steht ihr aber Ermessen zu (Imboden/Rhinow 417).

4: Meier-Hayoz N 188 zu Art. 1 ZGB.

5: Seite 170.

6: So sinngemäss auch Liver, ZBJV 101 372.

Verein die weitere Zugehörigkeit eines Mitglieds unzumutbar macht. Somit handelt es sich um einen wichtigen Grund¹. Die Tatsache, dass die Statuten Gründe anführen, wäre bloss ein Indiz dafür, was in einer bestimmten Gruppe als unzumutbar erachtet wird. Es wäre für den Richter aber nicht bindend.

M. E. sollten aber für die verschiedenen Ausschlussarten je verschiedenweit gehende richterliche Ueberprüfungsmöglichkeiten bestehen.

hb. Normenkontrolle beim Ausschluss aus bestimmten Gründen

Das systematische Element verbietet eine Normenkontrolle beim Ausschluss aus statutarischen Gründen. Dies ergibt sich daraus, dass sogar der Ausschluss ohne Grundangabe zulässig ist. Unter diesen Umständen müssen die Vereine auch weniger weit gehen und den Ausschluss an belanglose Gründe knüpfen dürfen.

cc. Art. 72 Abs. 2 im Verhältnis zu Art. 75 ZGB

aaa. Ausgangspunkt

Die bisherige Untersuchung hat erbracht, dass der Wortlaut von Art. 72 Abs. 2 ZGB unklar ist. Das realistische Element fordert eine enge Auslegung der Beschränkungen der richterlichen Kognition. Das historische Element verbietet die Kontrolle der Subsumtion unbestimmter Tatbestände. Das teleologische Element schliesst die Normenkontrolle, die Ueberprüfung der Subsumtion unbestimmter Tatbestände und des Rechtsfolgeermessens aus. Schliesslich fordert das systematische Element eine unterschiedliche Behandlung der drei Ausschlussmöglichkeiten und verbietet die Normenkontrolle beim Ausschluss aus statutarischen Gründen.

Nicht ausgeschlossen werden kann durch eines der bisher behandelten Auslegungselemente aber die richterliche Ueberprüfung des Sachverhaltes, der Subsumtion bestimmter Tatbestände sowie das Einschreiten des Richters gegen qualifizierte Ermessensfehler und widerrechtliche sowie sittenwidrige Statutenbestimmungen.

1: Vgl. Seite 64.

bbb. Analoge Anwendung von Art. 75 ZGB

Vorne¹ wurde dargestellt, dass die Anfechtung des Ausschlusses zwar eine von der Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse gemäss Art. 75 ZGB verschiedene Klage ist. Die Regeln von Art. 75 ZGB dürfen aber analog auf die Anfechtung des Ausschlusses angewendet werden, sofern dem Art. 72 ZGB nichts zu entnehmen ist. Dies wurde schon anlässlich der Gesetzesberatungen im Parlament festgestellt². Was bisher für das Verfahren gezeigt wurde³, gilt aber auch für die richterliche Kognition.

Art. 72 ZGB schliesst die richterliche Kontrolle widerrechtlicher oder unsittlicher Statutenbestimmungen, die richterliche Sachverhaltskontrolle, die Kontrolle der Subsumtion bestimmter Tatbestände sowie das Einschreiten gegen offenbar unrichtige Subsumtion und Ermessensfehler in der Anwendung der Rechtsfolge nicht aus. Dies hat die bisherige Untersuchung gezeigt. Somit ist zu prüfen, ob sich diese Kontrollmöglichkeiten durch Art. 75 ZGB begründen lassen.

aaaa. Normenkontrolle

Zu den gemäss Art. 75 ZGB anfechtbaren gesetz-oder statutenwidrigen Beschlüssen gehört auch ein Ausschluss, der sich auf eine widerrechtliche oder unsittliche Statutenbestimmung stützt.

bbbb. Sachverhaltskontrolle

Art. 75 ZGB enthält keine Einschränkung, wonach der Richter den Sachverhalt, auf den sich ein Beschluss stützt, nicht überprüfen darf. Der Ausschluss eines Mitglieds wegen eines Sachverhalts, der sich nicht verwirklicht hat, ist statutenwidrig, da er der statutarischen Grundlage entbehrt. Das Mitglied unterwirft sich den statutarischen Ausschlussgründen nur für den Fall der Verwirklichung des Sachverhalts⁴. Somit kann der Ausschluss in analoger

1: Vgl. Seite 134 ff..

2: Vgl. Seite 131 ff..

3: Vgl. Seite 144 ff..

4: Flume 108.

Anwendung von Art. 75 ZGB mit der Begründung angefochten werden, dass der statutarische Grund nicht besteht^{1,2}.

Zwar ist zuzugeben, dass die Sachverhaltskontrolle den Richter theoretisch in die Lage bringen kann, sich mit Sachen von geringer Bedeutung herumschlagen. Ob dies auch praktisch häufig vorkommen wird, ist zu bezweifeln. Im übrigen ist dieses Argument völlig unbehelflich. Es gibt nämlich keine allgemeingültige Rechtsnorm, die den Richter davon entbindet, auf unbedeutende Angelegenheiten einzutreten. Dass sich staatliche Gerichte gelegentlich mit höchst unbedeutenden Streitereien herumschlagen müssen, die dennoch oft schwierige Rechtsfragen aufwerfen können, weiss jeder, der einmal in der Rechtspflege tätig war. Art. 72 Abs. 2 ZGB, der nicht auf die Bedeutung der Sache abstellt, gibt keinen Hinweis darauf, dass der Richter wegen der Geringfügigkeit der Angelegenheit auf den Ausschluss nicht eintreten darf.

1: Dies fordert auch Merz (N 322 zu Art. 2 ZGB).

2: Interessant ist, dass auch die türkische Praxis diesen Schluss zieht; vgl. Necip Bilge "Quelques arrêts d'unification de jurisprudence de la Cour de Cassation turque" in: Annals de la faculté de droit d'Istanbul, Tom. XI No. 16-17, 1961, p. 267 ff..

cccc. Kontrolle der Subsumtion bestimmter Tatbestände und der offenbar unrichtigen Subsumtion unbestimmter Tatbestände

Die Kontrolle der Subsumtion bestimmter Tatbestände und der offenbar unrichtigen Subsumtion unbestimmter Tatbestände kann gemäss Art. 72 Abs. 2 ZGB nicht ausgeschlossen werden. Deshalb darf Art. 75 analog angewendet werden. Diese Bestimmung enthält keinerlei Einschränkung der materiellen richterlichen Kognition. Somit sind dem Richter die erwähnten Kontrollen erlaubt.

dddd. Kontrolle des Rechtsfolgeermessens

In der Anwendung bestimmter und unbestimmter Rechtfolgen steht den Vereinen in der Regel¹ Ermessen zu.

Das teleologische Element verbietet die Kontrolle der Ermessensausübung grundsätzlich. Davon ausgenommen sind aber die qualifizierten Ermessensfehler. Die analoge Anwendung von Art. 75 ZGB gibt nun die Möglichkeit, auch gegen qualifizierte Ermessensfehler einzuschreiten.

aaaaa. Typische Beispiele von qualifizierten Ermessensfehlern

Typische Beispiele von qualifizierten Ermessensfehlern sind der Verstoss gegen das Gleichbehandlungs- und das Vertrauensprinzip.

aaaaaa. Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip

Nach herrschender Lehre gilt im Vereinsrecht kraft ungeschriebenen Rechts das Gleichbehandlungsprinzip². Kriterium für die Gleichbehandlung ist der Zweck³.

Dieser Grundsatz ist auch beim Ausschluss zu beachten. Der Verein hat alle Mitglieder in gleich gelagerten Fällen gleich zu behandeln⁴. Wenn mehrere Mitglieder sich dieselbe Handlung zuschulden

1: Vgl. die Ausnahme auf Seite 111.

2: Daeniker 56 f.; Egger N 24 zu Art. 75 ZGB; Jung 61 Anm. 18; Für die Genossenschaft: Forstmoser N 312 zu Syst. Teil. Für das deutsche Recht: Flume 121; Meyer-Cording 98; von Tuhr 549; BGHZ 47 177 386.

3: Daeniker 56 f..

4: So auch BGHZ 47 386; Meyer-Cording 98.

kommen lassen, geht es nicht an, bloss eines davon auszuschliessen. Natürlich gilt dies nur, wenn die Fälle wirklich gleich liegen. Es ist denkbar, dass sich ein Mitglied dadurch auszeichnet, dass es einen Tatbestand wiederholt verwirklicht, während die andern zum ersten Mal gegen die Statuten verstossen. In diesem Falle verstösst es nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, nur ein Mitglied auszuschliessen¹.

bbbbbb. Verstoss gegen das Vertrauensprinzip

Grundsätzlich ist der Verein frei, den Ausschluss jederzeit vorzunehmen. Von Gesetzes wegen besteht keine Kündigungsfrist. Andererseits darf der Verein nicht zu lange zuwarten². Es widerspricht dem Vertrauensprinzip gemäss Art. 2 ZGB, wenn der Verein lange Zeit nichts tut, somit ein Verhalten zeigt, das bei Anlegung eines objektiven Masstabes die Unterlassung rechtlicher Schritte verständlich erscheinen lässt³.

Eine allgemeingültige zeitliche Grenze kann nicht gezogen werden. Vielmehr ist jeder Fall für sich zu beurteilen und nach objektiven Masstäben zu prüfen, ob ein Verzicht des Vereins auf den Ausschluss anzunehmen ist. Jedenfalls ist es zulässig, wenn das zuständige Organ einen Monat von begangener Handlung an abwartet und den Fall erst an seiner ordentlichen Sitzung behandelt⁴. Es stellt sich somit nicht die Frage, ob das Ausschlussrecht⁵ verwirkt sei, sondern ob das Vertrauensprinzip den Schluss nahelegt, dass das zuständige Organ auf die Ausübung dieses Rechts verzichtet hat.

1: Im deutschen Recht wäre ein gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstossender Ausschluss eine offenbar unbillige und daher rechtlich unwirksame Massnahme, BGHZ 47 386.

2: Ennecerus-Nipperdey 679; Forstmoser N 28 zu Art. 846 OR; Meyer-Cording 81.

3: Ebenso Paulick 151.

4: BGE 85 II 550.

5: So Forstmoser N 28 zu Art. 846 OR.

bbbb. Art der Kontrolle der Ermessensausübung

Dem Richter ist es nicht gestattet, den Ausschluss in eine mildere Sanktion umzuwandeln. Dies ergibt sich aus der Regelung der Anfechtungsklage. Gegenstand der richterlichen Prüfung ist nämlich bloss die Frage der Gültigkeit des Ausschliessungsbeschlusses. Bei Gutheissung der Klage darf der Richter den angefochtenen Beschluss mit Rückwirkung aufheben, nicht aber ändern. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Richter weitergehend gestaltend in das Rechtsverhältnis eingreifen dürfte. Dem richterlichen Urteil kommt somit bloss kassatorische Funktion zu.

3. Ergebnis

Eine modifizierte Auslegung von Art. 72 Abs. 2 ZGB mit Bezug auf den Ausschluss aus statutarischen Gründen ergibt folgendes:

a. Materielle Rechtsanwendung

Der Richter darf widerrechtlichen und unsittlichen Statutenbestimmungen die Anerkennung versagen. Er darf das Vorliegen des Sachverhalts, auf den sich der Ausschluss stützt, ebenso uneingeschränkt überprüfen wie die Subsumtion bestimmter Tatbestände¹.

Verwehrt ist dem Richter dagegen grundsätzlich die Ueberprüfung der Subsumtion unbestimmter Tatbestände und die Kontrolle des Rechtsfolgeermessens.

Ausnahmsweise darf der Richter gegen eine offenbar unrichtige Subsumtion bestimmter Tatbestände² und gegen einen qualifizierten Ermessensfehler bei der Anwendung der Rechtsfolge³ einschreiten.

b. Formelle Rechtsanwendung

Der Richter darf selbstverständlich die Rechtmässigkeit des Ver-

1: So für das deutsche Recht Beuthien 3; Flume 111; Meyer-Cording 116 f..

2: So für das deutsche Recht Beuthien 5; Flume 111; Horschitz 81; Meyer-Cording 118.

3: Beuthien 9; Meyer-Cording 119.

fahrens überprüfen. Dies entspricht auch herrschender Lehre und Rechtsprechung und ergibt sich aus der analogen Anwendung von Art. 75 ZGB.

4. Vorteile der vorgeschlagenen Lösung

Mit der vorgeschlagenen Lösung wird der Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs verkleinert. Allerdings ist nicht gänzlich auszuschliessen, dass in einem bestimmten Falle nur die Berufung auf Art. 2 ZGB hilft.

Der Widerspruch, dass dem Ausschluss aus statutarischen Gründen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine selbständige Bedeutung zukäme¹, wird beseitigt. Den drei Ausschlussarten entsprechen nämlich drei Stufen richterlicher Ueberprüfungsbefugnis. Schliesslich löst sich auch das umstrittene Problem, wie die weit gefassten Ausschlussgründe aufzufassen sind. Weder stellen sie blossе Bestätigungen des gesetzlichen Ausschlusses aus wichtigem Grund dar², noch sind sie "assimilable(s) à celle (d. h. l'exclusion) des statuts qui permettent l'exclusion sans indication des motifs"³. Vielmehr muss das beitretende Mitglied erwarten, dass es auf Grund der Statuten mit Grundangabe ausgeschlossen werden kann. Diese Gründe müssen aber nicht unbedingt wichtige im Sinne des Gesetzes sein. Zudem steht dem Richter keine uneingeschränkte materielle Kognition zu.

Diese modifizierte Auslegung von Art. 72 Abs. 2 ZGB gibt auf alle angeführten⁴ kritischen Stimmen in der Literatur eine Antwort, mit Ausnahme derjenigen von Kummer. Dessen Ueberlegungen sind Gegenstand einer gesonderten Untersuchung⁵.

1: Vgl. Seite 182 f..

2: Liver, ZBJV 96 397.

3: BGE 90 II 349.

4: Seite 162 ff..

5: Seite 197 ff..

V. Modifikation der herrschenden Lehre und Rechtsprechung für den
Ausschluss aus wichtigen Gründen

Die Auslegung von Art. 72 Abs. 2 ZGB hat ergeben, dass der Richter gegen qualifizierte Fehler in der Anwendung des Rechtsfolgenermessens einschreiten darf.

Die Begründung dafür kann uneingeschränkt auf den Ausschluss aus wichtigen Gründen angewandt werden. Der Verein hat auch bei Vorliegen wichtiger Gründe Entschliessungs- und oft auch Auswahlermessen¹. Gegen qualifizierte Fehler darf der Richter einschreiten. Insbesondere darf dieser Ausschlüsse, die gegen das Gleichbehandlungs- oder das Vertrauensprinzip² verstossen, aufheben.

VI. Rechtsschutz gegenüber dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft

An dieser Stelle ist die bisher nicht beantwortete Frage zu prüfen, ob dem Betroffenen gegenüber dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft irgendein Rechtsschutz zusteht. Die im folgenden aufgestellten Regeln gelten auch für die Streichung, ohne dass dies jedesmal gesagt wird.

1: Vgl. Seite 110, 170.

2: Vgl. Seite 186 ff..

A. Vereinsinterne Ueberprüfung des automatischen Verlusts der Mitgliedschaft

1. Statutarische Regelung

a. Statutarischer Rekurs gegen den automatischen Verlust der Mitgliedschaft

Gemäss Art. 63 Abs. 1 ZGB kann statutarisch ein vereinsinternes Rechtsmittel gegen den automatischen Verlust der Mitgliedschaft vorgesehen sein. In diesem - wohl eher seltenen - Fall richtet sich das Verfahren nach den statutarischen Vorschriften

b. Statutarischer Rekurs gegen den Ausschluss

Es fragt sich, ob ein statutarisch vorgesehener Rekurs gegen den Ausschluss auch auf den automatischen Verlust der Mitgliedschaft Anwendung findet.

Der vereinsinterne Rekurs gegen die Ausschliessung und der mögliche Rechtsbehelf gegen den automatischen Verlust der Mitgliedschaft sind rechtlich verschieden. Der Ausschluss erfolgt durch eine empfangsbedürftige Gestaltungserklärung. Demgegenüber wird bei der Streichung und dem automatischen Erlöschen der Mitgliedschaft kein Beschluss gefasst, somit auch keine Gestaltungserklärung abgegeben. Deshalb kann sich die Anfechtung nicht gegen deren Gültigkeit richten. Zwar geht der Verein davon aus, dass die Mitgliedschaft mit dem Eintritt des statutarischen Grundes erloschen ist. Dieser Umstand und nicht die Gültigkeit einer Gestaltungserklärung wird vom Mitglied bestritten. Somit muss das den automatischen Verlust der Mitgliedschaft bestreitende Mitglied auf Feststellung des Weiterbestandes der Mitgliedschaft klagen¹, während der Ausschluss durch eine Gestaltungsklage angefochten wird². Dies gilt auch für den vereinsinternen Rekurs. Da der Rekurs gegen den Ausschluss und derjenige gegen den auto-

1: Forstmoser N 13 und 34 zu Art. 848 OR; Heini 555.

2: Seite 153.

matischen Verlust der Mitgliedschaft verschieden ausgestaltet sind, findet der Rekurs gegen den Ausschluss keine Anwendung auf den automatischen Verlust der Mitgliedschaft. Vielmehr erfordert der Rekurs gegen das automatische Erlöschen der Mitgliedschaft eine ausdrückliche statutarische Anordnung.

2. Gesetzliche Regelung

Aus den vorstehenden Ueberlegungen ergibt sich, dass mangels statutarischer Anordnung kein vereinsinterner Rechtsschutz gegenüber dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft besteht. Wenn nämlich nicht einmal der Rekurs gegen den Ausschluss Anwendung auf den automatischen Verlust der Mitgliedschaft findet, so kann dieser erst recht nicht angefochten werden, wenn auch keine vereinsinterne Rekursmöglichkeit gegen den Ausschluss besteht¹.

B. Richterliche Ueberprüfung des automatischen Verlusts der Mitgliedschaft

1. Zulässigkeit der Klage

Die Zulässigkeit der Klage beim Richter gegen den automatischen Verlust der Mitgliedschaft ergibt sich demgegenüber aus Art. 75 ZGB. Danach sind gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse, die Mitgliedschaftsrechte betreffen², anfechtbar. Zwar wird beim automatischen Verlust der Mitgliedschaft kein Beschluss gefasst. Dennoch ist die Klagemöglichkeit zu bejahen, da es die Vereine andernfalls in der Hand hätten, durch Einführung auch ungeeigneter Tatbestände, die den Verlust der Mitgliedschaft zur Folge haben, ihren Mitgliedern den Rechtsschutz zu verwehren.

Der gleiche Schluss kann aus Art. 75 ZGB gezogen werden. Die Ausschlussregelung schützt das Mitglied vor der Willkür des Vereins³. Dieser darf nun nicht einfach auf Tatbestände ausweichen,

1: Im Ergebnis ebenso Forstmoser N 34 zu Art. 848 OR für das Genossenschaftsrecht.

2: Dazu Seite 141 ff..

3: Forstmoser N 29 zu Art. 848 OR.

die den automatischen Verlust der Mitgliedschaft vorsehen, und den Mitgliedern damit den Rechtsschutz verwehren. Schliesslich haben Ausschluss und automatischer Verlust der Mitgliedschaft die gleiche Funktion. Somit ergibt sich, dass dem Mitglied eine Klagemöglichkeit zusteht.

2. Art der Klage

Aus den vorstehenden¹ Ueberlegungen ergibt sich ohne weiteres, dass das den automatischen Verlust der Mitgliedschaft bestreitende Mitglied auf Feststellung des Weiterbestandes der Mitgliedschaft klagen muss.

3. Ausgestaltung der Klage

a. Im allgemeinen

Da der automatische Verlust der Mitgliedschaft funktionell dem Ausschluss entspricht, sind die für die Klage gegen den Ausschluss geltenden Regeln anzuwenden. Dies gilt insbesondere für die Möglichkeiten richterlicher Kontrolle.

b. Klagefrist im besonderen

aa. Dauer der Klagefrist

Forstmoser² meint, die Klage auf Weiterbestand der Mitgliedschaft stimme nicht mit der in Art. 846 Abs. 3 OR stipulierten Klagemöglichkeit überein. Deshalb sei die dort vorgesehene Frist nicht verbindlich. Doch sei anzunehmen, dass das Klagerecht verwirke, wenn der Genossenschafter nicht innert angemessener Frist seit Kenntnis der Auffassung der Genossenschaft Einspruch erhebe. Diese Argumentation ist nicht zwingend. Zwar trifft zu, dass kein Entscheid vorliegt, gegen den geklagt werden könnte. Dies wirkt sich jedoch nur darauf aus, dass keine Gestaltungsklage erhoben werden kann und die Kenntnisnahme des Mitglieds von der Aenderung der Rechtslage oft vom Zufall abhängt. Gerade

1: Vgl. Seite 191 f..

2: Forstmoser N 34 zu Art. 848 OR für das Genossenschaftsrecht.

beim automatischen Verlust der Mitgliedschaft kann nämlich lange Zeit verstreichen, bis der Betroffene von der Auffassung des Vereins Kenntnis erhält. Im übrigen unterscheidet sich die Klage auf Weiterbestand der Mitgliedschaft funktionell nicht von der Anfechtungsklage gegen den Ausschluss. Deshalb drängt sich die Anwendung der Frist für die Anfechtungsklage geradezu auf.

bb. Beginn der Klagefrist

Es fragt sich, wann die einmonatige Klagefrist beginnt. Die Wirkungen des Ausschlusses treten mit Kenntnisnahme des Entscheids des zuständigen Organs durch den Betroffenen ein¹. Der automatische Verlust der Mitgliedschaft tritt dagegen schon mit der Verwirklichung eines bestimmten Sachverhaltes ein. Die Klagefrist kann somit frühestens in diesem Zeitpunkt beginnen. Allerdings wird das Bedürfnis für Rechtsschutz insbesondere in den Fällen bestehen, in denen der Verein die Rechtsfolge des automatischen Verlustes der Mitgliedschaft ohne Wissen des Betroffenen annimmt. In diesem Fall kann die Klagefrist erst mit Kenntnisnahme der Auffassung des Vereins durch den Betroffenen beginnen. Während die Kenntnisnahme beim Ausschluss den Beginn der Wirkungen und der Klagefrist zur Folge hat, beginnt damit beim automatischen Verlust der Mitgliedschaft nur die Klagefrist. Die Wirkungen sind nämlich - wenn überhaupt - schon mit der Verwirklichung des Sachverhalts eingetreten. Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, dass einer Mitteilung vom automatischen Erlöschen der Mitgliedschaft weniger grosse Bedeutung zukommt als der Eröffnung des Ausschlusses. Massgebend für den Beginn der Klagefrist ist somit nicht nur die Kenntnis der Auffassung des für Ausschlüsse zuständigen Organs. Vielmehr genügt auch die Meinung anderer Organe oder sogar von Hilfspersonen, die durch eine administrative Massnahme den Verlust der Mitgliedschaft feststellen, indem sie beispielsweise den Betroffenen aus der Mitgliederliste streichen, von ihm den Jahresbeitrag nicht mehr verlangen oder dem Mitglied eine Mittei-

1: Seite 121.

lung zukommen lassen, dass die Mitgliedschaft erloschen ist. Nicht massgebend ist demgegenüber die Auffassung unbeteiligter Dritter oder von Mitgliedern, denen keine Organfunktion zukommt und die nicht administrativ mit der Streichung von Mitgliedern oder dem Einfordern der Jahresprämie befasst sind.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Klagefrist mit der Kenntnisnahme der Auffassung eines Vereinsorgans oder einer mit dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft befassten Hilfsperson durch den Betroffenen beginnt.

4. Urteil

Das auf die Feststellungsklage ergehende Urteil ist ein Feststellungsurteil.

Der Richter kann zum Ergebnis kommen, dass die Statuten die Rechtsfolge des automatischen Verlustes der Mitgliedschaft an einen Tatbestand geknüpft haben, der sich nicht dazu eignet. So kann dieser unbestimmt gefasst sein. Ausserdem kann ein nicht objektiv feststellbarer Sachverhalt vorliegen.

Alle Tatbestände, die sich als Voraussetzung für den automatischen Verlust der Mitgliedschaft eignen, sind Fälle, in denen das rechtliche Gehör nicht gewährt werden muss¹. Umgekehrt stellt der Umstand, dass ein Verein die Rechtsfolge des Verlustes der Mitgliedschaft an einen Tatbestand knüpft, der sich dazu nicht eignet, letztlich eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar. Somit muss der Richter in diesen Fällen feststellen, dass die Mitgliedschaft nicht erloschen ist, ohne dass er materiell den Sachverhalt zu überprüfen hat. Da der Richter in jedem Anwendungsfall feststellen könnte, dass die Mitgliedschaft nicht erloschen ist, weil dem Betroffenen das rechtliche Gehör verweigert wurde, wird der Verein den betreffenden Tatbestand in Zukunft als Ausschlussgrund behandeln müssen. Dies ist auch vom Mitglied aus gesehen zulässig, weil der Rechtsschutz gegenüber dem automatischen Verlust der Mitgliedschaft durch Gewährung des rechtlichen Gehörs erweitert wird.

1: Vgl. Seite 102 ff..

Materiell auf die Sache eintreten darf der Richter nur, wenn ein objektiv feststellbarer Sachverhalt unter einen bestimmten Tatbestand zu subsumieren ist. In diesem Fall kann sich erweisen, dass sich der Sachverhalt nicht verwirklicht hat oder die Subsumtion falsch war. Dieser Fall wird jedoch äusserst selten sein.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Vereine ihren Mitgliedern den Rechtsschutz nicht entziehen können, indem sie den automatischen Verlust der Mitgliedschaft vorsehen. Dies gilt selbst dann, wenn diese Rechtsfolge an einen dafür ungeeigneten Tatbestand geknüpft wird.

§ 5. Die gerichtliche Anfechtung des Ausschlusses auf Grund anderer Gesetzesbestimmungen als Art. 72 ZGB

Nach der Darstellung des Umfangs der richterlichen Kognition gemäss Art. 72 ZGB soll der Frage nachgegangen werden, ob andere Rechtsnormen eine weitergehende Ueberprüfung des Ausschlusses erlauben.

I. Ausgangspunkte

A. Art. 27/28 ZGB

1. Anregungen in der Lehre

Kummer¹ stellte fest, dass die Voraussetzungen, die zum freien Ausschlussrecht der Vereine geführt haben, heute nicht mehr zutreffen. Der Gesetzgeber durfte noch davon ausgehen, dass die Vereine ausschliesslich ideale Zwecke verfolgen. Heute gehen aber viele Verbände wirtschaftlichen Zwecken in Vereinsform nach. In diesen Fällen kann den Vereinen grosse Macht zukommen, was das freie Ausschlussrecht bedenklich erscheinen lässt.

Ein Vereinsausschluss kann unter Umständen eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB zur Folge haben. Es können hauptsächlich zwei² persönliche Güter³ verletzt⁴ werden. Der Ausschluss kann diffamieren. Dies ist insbesondere dann bedenklich, wenn die Presse davon berichtet. Ausserdem kann ein Ausschluss wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen. Selbstverständlich wiegen diese insbesondere bei mächtigen Verbänden schwer.

1: Kummer, Spielregel 53 ff.

2: Kummer 59 f.

3: Egger N 22 zu Art. 28 ZGB.

4: Zu betonen ist, dass Art. 27 f. ZGB das Ausschlussrecht von Art. 72 ZGB nicht generell einschränken kann. Vielmehr kann das Ausschlussrecht im Einzelfall gegen Art. 27 f. ZGB verstossen.

Nach Kummer ist die neuere bundesgerichtliche Praxis¹, die es den Wirtschaftsverbänden erlaubt, sich als Vereine zu organisieren, gesetzwidrig, da sie sich über den eindeutigen Gesetzeswortlaut hinwegsetze². Dieser Autor legt weiter dar, dass die den Vereinen eingeräumte Ausschlussautonomie nur mit dem idealen Zweck der Vereine gerechtfertigt werden kann³. Deshalb glaubt Kummer, "die Entwicklung, die das Bundesgericht mit seinem kühnen Grundsatzentscheid (BGE 90 II 333) eingeleitet hat", müsse "um wenigstens fortgeführt sein, und zwar derweise, dass ein Ausschluss richterlicher Ueberprüfung zu unterstellen ist, der ein Mitglied in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt."⁴ Dabei soll es keine Rolle spielen, "ob ein Verband unverfälscht idealen oder ob er ausserdem auch wirtschaftlichen Interessen dient."⁵ Dies läuft letztlich auf eine "Ueberprüfung der Begründetheit des Ausschlusses" hinaus⁶.

Zum gleichen Ergebnis, aber auf einem anderen Weg als Kummer, gelangte Hefti. Er leitete aus Art. 28 ZGB einen Aufnahmeanspruch des Aussenseiters in das Kartell ab, gleich in welcher Form es besteht, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Daraus schloss Hefti auf eine entsprechende Beschränkung der Ausschlussfreiheit der Vereine. Letztlich wären Ausschlüsse aus Kartellen nur aus wichtigen Gründen zulässig⁷.

2. Zwischenergebnis

Durch den Eintritt in einen Verein unterwirft man sich dessen Statutenbestimmungen, insbesondere auch der geltenden Ausschlussregelung. Der Ausschluss aus einem Verein kann aber auch unter

1: Insbesondere BGE 90 II 333 ff.

2: Kummer, Spielregel 54.

3: A. a. O. 55.

4: A. a. O. 57.

5: A. a. O. 57.

6: A. a. O. 58.

7: Hefti 14, 43.

Umständen eine Persönlichkeitsverletzung zur Folge haben¹. Mithin willigt man mit dem Eintritt in einen Verein auch in die möglicherweise durch den Ausschluss entstehende Persönlichkeitsverletzung. Sollte diese Beschränkung der Persönlichkeit vor Art. 27 ZGB nicht standhalten, so wäre die Einwilligung ungültig, weshalb gegenüber dem Verein die Ansprüche gemäss Art. 28 ZGB entstehen². Sollte aus Art. 28 ZGB ein Aufnahmeanspruch abgeleitet werden können, so würde dies tatsächlich eine Beschränkung des Ausschlussrechts zur Folge haben.

Wenn ein Verein zur Aufnahme von Aussenstehenden verpflichtet werden kann, so steht es ihm notwendigerweise nicht mehr völlig frei, Mitglieder auszuschliessen. Insbesondere darf ein Mitglied durch den Ausschluss nicht in eine Lage versetzt werden, in der es den Aufnahmeanspruch durchsetzen könnte. Die Aufnahmepflicht bedingt somit eine entsprechende Beschränkung der Ausschlussfreiheit. Andernfalls könnte die Aufnahmepflicht durch sofortigen Ausschluss der aufgenommenen Mitglieder leicht umgangen werden. Aufnahmepflicht und Ausschlussbeschränkung stellen gewissermassen die beiden Seiten einer Medaille dar.

B. Kartellgesetz

Gemäss Art. 6 Abs. 2 KG kann der Richter nötigenfalls die Beteiligung am Kartell mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten oder die Aufnahme in den Verband anordnen. Unter "Beteiligung am Kartell" versteht das Gesetz die Aufnahme in eine einfache Gesellschaft, während die Worte "Aufnahme in den Verband" die Aufnahme in Vereine oder Genossenschaften bedeuten^{3,4}.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessiert nur die Aufnahme in den Verband, insbesondere in den Verein. Der Ausschluss aus einem in Vereinsform gekleideten Kartell wäre letztlich auch eine

1: Kummer, Spielregel 54 f. ; Vgl. im übrigen Seite 73 f..

2: Künzler 31.

3: Piotet, Notion 228; Weibel 123; BGE 90 II 344.

4: Der Aufnahmeverweigerung durch eine GmbH oder eine Doppelgesellschaft kann nicht mit der Aufnahmeklage begegnet werden. Es besteht nur ein Schadenersatzanspruch (Weibel 123 mit Hinweisen)

Sanktion, in die das Kartellmitglied durch seinen Eintritt in den Verein einwilligt. Die Zulässigkeit der Sanktionen gegen Kartellmitglieder beurteilt sich nach Art. 14 KG. Bei unzulässigen Vorkehren richten sich die Ansprüche nach Art. 6 KG. Der Aufnahmeanspruch gemäss Art. 6 Abs. 2 KG hätte auf den Ausschluss angewandt somit eine Beschränkung des Ausschlussrechts zur Folge¹.

C. Fragestellung

Es fragt sich somit, ob aus Art. 28 ZGB und Art. 6 Abs. 2 KG tatsächlich ein Aufnahmeanspruch abgeleitet werden kann, der eine Beschränkung der Ausschlussfreiheit der Vereine zur Folge hat. Da Art. 6 Abs. 2 KG einen Aufnahmeanspruch ausdrücklich regelt, ist bei der Untersuchung an dieser Stelle anzusetzen.

D. Zulässigkeit der Vereinigung der Betrachtungsweiser gemäss Kartellgesetz und Art. 27/28 ZGB

1. Uebereinstimmungen

Die zivilrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes beruhen auf Ergebnissen, die Lehre und Rechtsprechung in den letzten Jahren vor dessen Inkrafttreten in Anwendung von Art. 27/28 ZGB entwickelten². Im berühmten Entscheid i. S. Geisbrecht c. Vertglas vom 20. Dezember 1960 gab das Bundesgericht³ einen Ueberblick über die bisherige Boykottrechtsprechung. Es stellte fest, dass der Boykott das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung verletze und daher grundsätzlich widerrechtlich sei.

1: Zwar ist sich der Verfasser bewusst, dass ein Ausschluss aus Kartellen selten vorkommen dürfte. Diese sind ihrem Wesen nach nämlich eher bestrebt, möglichst alle Branchenangehörigen zu erfassen. Dieser Umstand entbindet jedoch nicht von der Aufgabe, die rechtlichen Verhältnisse zu untersuchen.

2: Merz, Kartellgesetz 38.

3: BGE 86 II 365 ff..

Nur wer mit dem Boykott offensichtlich überwiegende berechnigte Interessen verfolget, die er auf keine andere Weise wahren könne, verstosse nicht gegen das Recht¹.

Diese Konzeption liegt auch dem Kartellgesetz zugrunde². Dieses statuiert in Art. 4 Abs. 1 die grundsätzliche Unzulässigkeit der Wettbewerbsbehinderung und in Art. 5 die Ausnahmen davon. Die zivilrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes in Art. 4/6 KG konkretisieren Art. 28 ZGB³ im wirtschaftlichen Bereich. Deshalb unterscheiden sich die für Kartelle entwickelten Regeln nicht grundsätzlich von den allgemeinen und umgekehrt. Gleichwohl bestehen gewisse Unterschiede zwischen den Vorschriften des Art. 4/6 KG und Art. 28 ZGB⁴.

2. Unterschiede

In Art. 28 ZGB sind Tatbestand und Rechtsfolge vereint. Demgegenüber ist im Kartellgesetz der Tatbestand in Art. 4, die Rechtsfolgen in Art. 6 KG geregelt.

In Art. 28 Abs. 1 ZGB ist nur von einem Beseitigungsanspruch als Folge der Persönlichkeitsverletzung die Rede. Allerdings ist unbestritten, dass Art. 28 Abs. 1 ZGB auch den Unterlassungsanspruch umfasst, wenn die Störung lediglich bevorsteht⁵. Zudem gibt Art. 28 ZGB bei Vorliegen eines entsprechenden Rechtsschutzinteresses auch einen Feststellungsanspruch⁶. Für Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch verweist Art. 28 Abs. 2 ZGB auf andere gesetzliche Vorschriften. In Art. 6 Abs. 1 KG sind die Ansprüche auf Feststellung der Widerrechtlichkeit, auf Unterlassung und Beseitigung sowie auf Schadenersatz und Genugtuung ausdrücklich angeführt, ohne dass materielle Unterschiede zu Art. 28 ZGB bestehen würden.

1: BGE 86 II 365 ff. E. 4.

2: Merz, Kartellgesetz 38 ff.

3: Schluep 207; Weibel 77; BB1 1961 II 575 und 578.

4: Weibel 78.

5: Für viele Tuor/Schnyder 83.

6: Dieser wird in BGE 91 II 409 aus dem Beseitigungsanspruch hergeleitet.

Zusätzlich regelt Art. 6 Abs. 2 KG die Mittel zur Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs, nämlich die relative Unverbindlicherklärung der Kartellverpflichtung und die Beteiligung am Kartell bzw. die Aufnahme in den Verband. Ausserdem enthält Art. 6 Abs. 3 KG eine Bestimmung über die Urteilsveröffentlichung.

Schliesslich umschreibt Art. 4 KG den Tatbestand der Widerrechtlichkeit im Gegensatz zu Art. 28 ZGB ausdrücklich¹.

Zwischen den zivilrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes über die Behinderung Dritter und Art. 28 ZGB bestehen keine grundlegenden Unterschiede. Deshalb kann die Untersuchung der Beschränkungen der Ausschlussfreiheit auf Grund des Kartellgesetzes mit derjenigen gemäss Art. 28 ZGB vereinigt werden.

II. Beschränkung der Ausschlussfreiheit der Vereine durch Art. 6 Abs. 2 KG bzw. Art. 28 ZGB

A. Zulässigkeit von Kartellen in Vereinsform

Gemäss Art. 60 Abs. 1 ZGB müssen die Vereine einen nicht wirtschaftlichen Zweck verfolgen. Dennoch lässt die Rechtsprechung des Bundesgerichts² Vereine mit wirtschaftlicher Zwecksetzung zu, solange sie kein kaufmännisches Unternehmen betreiben³. Somit werden Kartelle in Vereinsform zugelassen.

Die bundesgerichtliche Praxis wird hier nicht diskutiert, sondern vorausgesetzt.

1: Vgl. dazu nachfolgend Seite 207 f..

2: Hinweise auf Seite 71.

3: BGE 90 II 333 ff.

B. Begriff des Kartells

Es ist hier nicht der Ort, eine eingehende Begriffsbestimmung des Kartells vorzunehmen. Im Rahmen dieser Arbeit genügen Hinweise, die das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen erleichtern¹.

Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gelten als Kartelle im Sinne des Gesetzes "Verträge, Beschlüsse oder rechtlich nicht erzwingbare Abreden, welche mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbes den Markt für bestimmte Waren und Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind, namentlich durch die Regelung der Erzeugung, des Absatzes oder Bezuges von Waren sowie der Preise und Geschäftsbedingungen.

1. Wettbewerbsbeschränkung durch Abrede

Die Kartellbindung ist stets auf Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gerichtet².

a. Horizontaler Zusammenschluss

Erste Stufe der Kartellbindung ist der horizontale Zusammenschluss³. Ein solcher liegt vor, wenn sich Unternehmungen der gleichen Wirtschaftsstufe zusammenschliessen, also die Fabrikanten, die Importeure, die Grossisten oder die Detaillisten. Durch horizontale Zusammenschlüsse wird der Aussenseiter vom Wettbewerb noch nicht ausgeschlossen, da ihm die Möglichkeit nicht verwehrt wird, Ware zu erhalten bzw. abzusetzen. Der Zusammenschluss zu einem Horizontalkartell allein stellt keine Vorkehr im Sinne von Art. 4 KG dar⁴. Somit bleiben horizontale Vereinbarungen vom Kartellgesetz unberührt⁵.

1: Vgl. Die Arbeit von Kummer, Der Begriff des Kartells, Bern 1966; Merz, Kartellgesetz 7 ff. und 24 ff..

2: Merz, Kartellgesetz 25.

3: Merz, Kartellgesetz 8 ff..

4: Weibel 88.

5: Merz, RabelsZ 25 (1960) 10.

b. Vertikaler Zusammenschluss

Ausgeschaltet oder behindert werden kann ein Aussenseiter aber durch vertikale Zusammenschlüsse¹. Während sich die Wettbewerber der verschiedenen Wirtschaftsstufen durch horizontale Zusammenschlüsse untereinander verbinden, kann durch entsprechende Verträge des Grossisten-Kartells mit dem Fabrikanten-Kartell und des Grossisten-Kartells mit dem Detaillisten-Kartell einerseits verhindert werden, dass die Fabrikanten einem Aussenseiter auf der Grossistenstufe etwas verkaufen. Andererseits verpflichten sich die Detaillisten, dem Aussenseiter nichts abzukaufen. Je umfangreicher die betreffenden vertikalen Kartelle sind, desto stärker wird der Aussenseiter behindert².

2. Erscheinungsform der Abrede

Die Wettbewerbsbeschränkungen werden in der Regel durch rechtsgeschäftliche Abrede, durch Abschluss einer Vertrages oder durch Verbandsbeschluss verwirklicht³. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG werden aber auch rechtlich nicht erzwingbare Abreden von der Kartelldefinition erfasst. Im Rahmen dieser Arbeit interessiert nur, wie Kartellabreden in juristischen Personen begründet werden.

1: Merz, Kartellgesetz 10f..

2: Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass gemäss Art. 2 Abs. 2 KG die Preisbindungen zweiter Hand den Kartellen gleichgestellt sind. Solche liegen vor, wenn ein Lieferant seinem Abnehmer die Verpflichtung auferlegt, bei der Weiterveräußerung der gelieferten Waren bestimmte Preise oder Verkaufsbedingungen einzuhalten.

Andererseits ist das Kartellgesetz nicht anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen. Eine gemeinsame Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 2 Abs. 1 KG liegt sodann nicht vor, wenn einzelne Unternehmer verschiedener Wirtschaftsstufen mittels Alleinverträgen und anderer Individualverträge gegenseitig je verschiedene Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren (Merz, a.a.O. 26).

Da diese Fälle für die vorliegende Arbeit nicht erheblich sind, wird darauf nicht eingetreten.

3: Merz, Kartellgesetz 25.

a. Form der Kartellbindung

Gemäss Art. 11 Abs. 1 KG bedürfen Verträge und Beschlüsse, durch die eine Kartellverpflichtung begründet wird, zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form. Gemäss Art. 11 Abs. 2 KG ist, wer einem Kartell beitrifft, an bestehende Kartellverpflichtungen nur soweit gebunden, als er sie schriftlich anerkennt. Somit entsteht die Kartellbindung nicht bereits durch Aufnahme in den Verband oder durch die Unterzeichnung der Gesellschaftsverträge¹. Kartellbindungen in juristischen Personen können grundsätzlich auf zwei Arten entstehen².

b. Art der Kartellbindung

aa. Kartellbindung in den Statuten

Das Kartellvorhaben kann in die Statuten aufgenommen werden.

Insbesondere bei Kartellen in Genossenschaftsform wird meist auf die Einführung der Kartellbindung durch Gründungsakt verzichtet³. Gemäss Art. 836 Abs. 1 OR müssen nämlich u. a. die gesetzlich vorgeschriebenen Bestimmungen der Statuten (Art. 832 OR) in das Handelsregister eingetragen werden. Die Statuten sind beim Handelsregister zu hinterlegen und der Handelsregisterführer muss gemäss Art. 9 Abs. 2 HRVO Einsicht in das Register und die Belege gestatten. Somit könnte die Kartellverpflichtung einem weiteren Personenkreis bekannt werden.

Gemäss Art. 60 Abs. 2 ZGB sind die Vereine nur zur Handelsregistereintragung verpflichtet, wenn sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens ist aber gerade Wirtschaftsverbänden in Vereinsform nicht gestattet⁴. Deshalb besteht für diese in keinem Fall eine Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister.

1: Schürmann 115.

2: Van der Velden 94 ff..

3: Korach 61.

4: BGE 90 II 333 ff..

Somit bestehen im Hinblick auf eine möglichst strenge Geheimhaltung keine Bedenken gegen eine statutarische Festlegung der Kartellpflichten. Gleichwohl kommen Kartellbindungen in den Statuten kaum vor. Wahrscheinlich wird angenommen, dass Statuten eher zugänglich sind als irgendwelche Zusatzvereinbarungen.

bb. Kartellbindung ausserhalb der Statuten

Kartellbindungen werden meist durch Verbandsbeschlüsse, die ihren Niederschlag in Reglementen finden, eingegangen¹.

Im Genossenschaftsrecht genügt eine recht allgemeine Formulierung des statutarischen Zwecks, wie beispielsweise die Wahrung allgemeiner Berufs- oder Brancheninteressen². Entsprechend sollten auch beim Verein keine höheren Anforderungen an die statutarische Umschreibung des Zwecks gestellt werden³. Eine allgemeine Formulierung ist zwar nicht unbedingt geeignet, den Umfang der Mitgliederpflichten bestimmbar zu machen⁴. Dieses Erfordernis hat aber seit der Einführung des Kartellgesetzes mindestens für die Kartelle jede Bedeutung verloren, da die Kartellbindungen gemäss Art. 11 Abs. 2 KG ohnehin nur durch schriftliche Anerkennung Gültigkeit erlangen. Die Mitglieder sind durch diese Vorschrift genügend geschützt, da sie den Bereich ihrer Bindungen genau übersehen können⁵. Folglich müssen an die Voraussehbarkeit der Mitgliederpflichten aus den Statuten keine hohen Erfordernisse gestellt werden.

c. Ergebnis

In der weitaus grössten Zahl der Fälle werden die Kartellverpflichtungen nicht statutarisch festgelegt. Gemäss Art. 60 Abs. 2 ZGB müssen aber die Statuten über den Zweck des Vereins Aufschluss geben. Die Zweckbestimmung ist ein konstituierendes Element des Vereins, ohne den dieser die Persönlichkeit nicht erlangt⁶. In

1: Korach 64; Van der Velden 100.

2: Korach 70.

3: A. M. Van der Velden 117.

4: BGE 35 II 598; 52 II 380.

5: Van der Velden 115.

6: Tuor/Schnyder 118.

allen Fällen, in denen die Kartellbindung nicht als einziger Zweck statutarisch festgelegt ist, müssen deshalb die Statuten notwendigerweise mindestens noch einen anderen Zweck enthalten. Andernfalls ist die Vereinigung gemäss Art. 62 ZGB als atypische¹ einfache Gesellschaft zu behandeln. Folglich bestehen in den meisten Fällen neben der eigentlichen Kartellbindung andere korporative Rechte und Pflichten.

C. Privatrechtliche Sanktionenordnung des Kartellgesetzes

1. Allgemeines

Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Vorkehren² eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden sollen, grundsätzlich unzulässig. Die Ausnahmen, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Wettbewerbsbehinderung, finden sich in Art. 5 KG. Demgegenüber beurteilt sich die Zulässigkeit von Sanktionen gegenüber Kartellmitgliedern gemäss Art. 14 Abs. 1 KG. Diese internen Wettbewerbsbehinderungen sind unter weniger strengen Voraussetzungen zulässig als die Sanktionen gegenüber Aussenseitern gemäss Art. 4 f. KG³.

Dritte, die durch unzulässige Wettbewerbsbehinderungen geschädigt oder gefährdet werden, können gemäss Art. 6 KC verschiedene Ansprüche erheben. Dies gilt gemäss Art. 14 Abs. 2 KG auch für das Kartellmitglied, das von einer gemäss Art. 14 Abs. 1 KG unzulässigen Vorkehr betroffen wird.

Voraussetzungen einer widerrechtlichen Wettbewerbsbehinderung sind somit die Vorkehr eines Kartells (oder einer kartellähnlichen Organisation)⁴ sowie der effektive oder mögliche Wettbewerbsausschluss oder die effektive oder mögliche Behinderung Dritter⁵.

1: Heini 536 ff.; Tuor/Schnyder 118.

2: Vgl. zu diesem Begriff nachfolgend Seite 208.

3: Merz, Kartellgesetz 84; Schürmann 130 ff..

4: Im folgenden wird der Einfachheit halber nur von Kartell gesprochen.

5: Weibel 71.

2. Tatbestand und Rechtsfolgen

a. Tatbestand

aa. Vorkehr

Art. 4 KG schützt vor Vorkehren im Sinne des Kartellgesetzes¹. Damit sind diejenigen Massnahmen gemeint, die um der Einflussnahme auf das Wettbewerbsverhältnis des Behinderten ausgeübt werden². Nicht erheblich ist, ob die Behinderung subjektiv zur Beeinflussung des Wettbewerbes ausgeübt wird. Entscheidend ist einzig, dass die Beeinflussung objektives Ziel der Behinderung ist³. Behinderungen, die nicht um der Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens willen ausgeübt werden, stellen keine Vorkehr im Sinne des Art. 4 KG dar⁴. Keine Vorkehr ist beispielsweise der Abbruch oder die Nichtaufnahme der Geschäftsbeziehungen, weil der Betroffene unzuverlässig ist oder zur Trunksucht neigt⁵. Art. 4 KG schützt also nur Vorkehren im Sinne des Kartellgesetzes. Gegenüber anderen Behinderungen kann der Schutz von Art. 28 ZGB angerufen werden⁶.

bb. Wettbewerbsausschluss oder erhebliche Behinderung

Ein Wettbewerbsausschluss liegt vor, wenn ein Konkurrent aus einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen verdrängt oder überhaupt nicht zugelassen wird⁷. Demgegenüber hat die erhebliche Behinderung eine bloss reduzierte Betätigungsmöglichkeit zur Folge^{8,9}. Die Vorkehr muss den Wettbewerbsausschluss oder die erhebliche Behinderung nicht tatsächlich bewirken. Es genügt, wenn die Vorkehr geeignet ist, diese Folge zu haben¹⁰.

1: Weibel 78.

2: Weibel 71; Schürmann 66.

3: Weibel 72.

4: Weibel 74; Schluep 204, 218 Anm. 135; BB1 1961 II 377.

5: Schluep 209; Weibel 74.

6: Weibel 78.

7: Schluep 202 f.; Weibel 75.

8: Weibel 76.

9: Vgl. zu den Kontroversen über diesen Begriff Weibel 76 mit Hinweisen.

10: Weibel 76.

b. Rechtsfolgen

Art. 6 KG regelt die verschiedenen Ansprüche, die als Folge widerrechtlicher Vorkehren entstehen, nämlich Feststellungs-, Unterlassungs-, Beseitigungs- sowie Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch. Zur Durchsetzung des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs kann der Richter auf Begehren des Klägers anordnen, dass diesem gegenüber Kartellverpflichtungen unverbindlich sind. Nötigenfalls kann der Richter auch die Beteiligung am Kartell mit allen Rechten und Pflichten oder die Aufnahme in den Verband anordnen. Der Anspruch auf Aufnahme in den Verband ist im folgenden näher zu untersuchen, da er möglicherweise eine Beschränkung der Ausschlussfreiheit mit sich bringt.

D. Anordnung der Aufnahme in den Verband im besonderen

Mit "Beteiligung am Kartell" ist in Art. 6 Abs.2 KG die Beteiligung an einer einfachen Gesellschaft gemeint. Demgegenüber bezeichnet die "Aufnahme in den Verband" die Aufnahme in die Genossenschaft oder den Verein¹. Im folgenden ist nur von der Anordnung der Aufnahme in den Verein die Rede.

1. Begriffliches

Der Verpflichtung des Schuldners, der Pflicht, entspricht das Recht des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu verlangen. Dieses Recht wird als Anspruch bezeichnet². Demnach bezeichnet der Begriff der Aufnahmepflicht die Pflicht der juristischen Person, jemanden als Mitglied aufzunehmen. Dieses hat einen Aufnahmeanpruch gegenüber der juristischen Person.

2. Anordnung der Aufnahme in den Verband nach Lehre und Rechtsprechung

In Lehre und Rechtsprechung wird die Anordnung der Aufnahme in den

1: Vgl. Seite 199.

2: Von Tuhr/Peter 15.

Verband entweder ohne Kommentar¹ oder mit deutlichem Unbehagen als subsidiäre Massnahme² erwähnt. In der Regel werden aber keine konkreten Tatbestände angeführt, die einen Anspruch auf Aufnahme in den Verband begründen.

Merz führt lediglich den Fall des boycottage perlé an³. Van der Veldens Beispiel des Preis- und Fertigungskartells⁴ wird von Weibel als falsch kritisiert⁵. Dieser bemüht sich, Beispiele zu nennen⁶.

Ein Gerichtsurteil, das auf Grund von Art. 6 Abs. 2 KG die Aufnahme in den Verband angeordnet hätte, ist bisher noch nicht ergangen. Angesichts des verbreiteten Unbehagens und der Unsicherheit der herrschenden Lehre muss Art. 6 Abs. 2 KG näher untersucht werden.

1: Forstmoser N 16 zu Art. 839 OR; Heini 544 Anm. 18; Schönenberger /Jäggi N 541 zu Art. 1 OR; BGE 98 II 230.

2: Korach 97 ff.; Merz, Kartellgesetz 70 f.; Piotet, Notion 226 ff.; Schürmann 102 ff.; Weibel 123 f..

3: Merz, Kartellgesetz 71.

"Boycottage perlé" ist das Gegenstück zur "grève perlée", dem Bummelstreik. Boycottage perlé bezeichnet den Tatbestand, bei welchem ein Kartell, das eine Ausschiesslichkeitspolitik betreibt, den Aussenseiter zwar beliefert, aber mangelhaft oder schleppend. So werden Bestellungen wegen Ueberbeschäftigung nicht ausgeführt. Werden sie gleichwohl vorgenommen, so ergeben sich fehlerhafte oder verspätete Lieferungen. Die Absicht des Boykotts ist nur schwer nachzuweisen. "In solchen Fällen vermöchte vielleicht ausnahmsweise der Aufnahmeanspruch bessere Abhilfe" als die relative Unverbindlichkeit von Verträgen zu schaffen (Merz, a.a.O. 71).

4: Van der Velden 111.

5: Weibel 88.

6: Weibel 90 ff..

3. Entstehung von Art. 6 Abs. 2 KG

a. Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 839 OR

aa. Begründung

In der Botschaft des Bundesrates zum Kartellgesetz heisst es, dass der Aufnahmeanspruch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 76 II 294 ff., 82 II 306 ff. und 86 II 368 ff. vorbereitet worden sei¹.

BGE 76 II 294 ff. betraf einen Vernichtungs- oder Verdrängungsboykott². Ohne die Frage für den konkreten Fall zu entscheiden, zog das Bundesgericht eine Aufnahmepflicht für die Genossenschaft gestützt auf Art. 2 ZGB und Art. 828 bzw. 839 OR in Betracht. Zudem sah es eine analoge Anwendung von Art. 828 und 839 OR auf den Verein vor, sofern diese Rechtsnorm "statt der sachlich richtigeren Genossenschaftsform"³ gewählt wird.

Sechs Jahre später bejahte das Bundesgericht in BGE 82 II 292 ff. seine ein Jahr vorher⁴ unbeantwortet gelassene Frage. Wieder handelte es sich um ein Verdrängungsboykott. Das Bundesgericht entschied, dass die Nichtzulassung zum Verband im vorliegenden Fall einen Verstoss gegen die guten Sitten und eine Verletzung des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechtes des Aussenseiters darstelle⁵. Nach dieser zutreffenden Feststellung meinte das Bundesgericht, das zu beurteilende Kartell verfolge wirtschaftliche Zwecke. Deshalb wäre die Genossenschaftsform sachlich richtiger und angemessener gewesen. Folglich könne Art. 839 Abs. 2 OR, der eine Aufnahmepflicht einschliesse, analog angewendet werden⁶. Dafür, dass aus Art. 839 Abs. 2 OR wirklich eine Aufnahmepflicht hergeleitet werden kann, wurde jedoch keine Begründung gegeben.

1: BB1 1961 II 588.

2: Dazu Merz, Kartellgesetz 10. Ziel des Verdrängungsboykotts ist die Verdrängung des Aussenseiters vom Markt.

3: BGE 76 II 294.

4: BGE 81 II 126.

5: BGE 82 II 306.

6: BGE 82 II 307.

In BGE 86 II 365 ff. relativierte das Bundesgericht seinen Standpunkt. Eine Aufnahmepflicht wurde in jenem Falle verneint, weil aus Art. 839 jedenfalls nicht abgeleitet werden könne, "dass Anspruch auf die Mitgliedschaft auch habe, wer Ziele verfolgt, die den von der Genossenschaft geförderten oder gesicherten wirtschaftlichen Interessen ganz oder teilweise widersprechen."¹

bb. Kritik

Das Bundesgericht selbst prüfte in BGE 98 II 221 ff. die Frage der Aufnahmepflicht aus Art. 839 Abs. 2 OR einlässlich. Es erkannte, dass die frühere Rechtsprechung dem Bestreben entsprungen war, in Boykottfällen einen Ausweg zu finden, wogegen Art. 28 Abs. 1 ZGB die zutreffende Rechtsgrundlage gewesen wäre^{2,3}. Deshalb schloss es sich den Anregungen in der Lehre an⁴. Es unterschied zwischen dem genossenschaftsrechtlichen und dem boykottrechtlichen Gesichtspunkt und erkannte, dass Art. 839 Abs. 2 OR "nach Wortlaut, Sinn und Entstehungsgeschichte nicht dahin ausgelegt werden" könne, "dass einem Anwärter ein klagbares Recht auf Eintritt in eine Genossenschaft zustehe."^{5,6}

cc. Ergebnis

Wie gezeigt beruhen die Bundesgerichtsentscheide, die nach der Botschaft zum Kartellgesetz den Aufnahmeanspruch vorbereitet haben, auf unrichtigen Voraussetzungen.

Einerseits wird Genossenschaftsrecht auf Vereinsrecht angewendet. Ob dies zulässig ist, muss zwar nicht entschieden werden, da sich auch aus dem analog angewendeten Art. 839 Abs. 2 OR kein Aufnahmeanspruch ableiten lässt. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen,

1: BGE 86 II 369.

2: BGE 98 II 221 ff..

3: Dies hatte schon Merz, Rechtsprechung 70 ff., festgestellt.

4: Gutzwiller, Kommentar N 19 zu Art. 839; Heini, Rundgang 202.

5: BGE 98 II 227.

6: Dieses Urteil fand Zustimmung von Forstmoser N 16 zu Art. 839 und Kummer, Rechtsprechung 84 ff..

dass eine analoge Anwendung von Genossenschaftsrecht auf Kartelle, die in Vereinsform gekleidet sind, nach der durch BGE 90 II 333 ff. eingeleiteten Rechtsprechung kaum mehr in Frage kommen dürfte. Im zitierten Urteil gibt nämlich das Bundesgericht keine Hinweise auf eine allfällige analoge Anwendung von Genossenschaftsrecht. Zudem wäre es höchst widersprüchlich, aus Gründen der Rechtssicherheit und im Hinblick auf die tatsächlichen Verhältnisse Kartelle in Vereinsform zu gestatten, gleichwohl aber für einige Fragen Genossenschaftsrecht analog anzuwenden.

Entscheidend ist aber, dass sich aus Art. 839 Abs. 2 OR kein Aufnahmeanspruch herleiten lässt.

Somit ergibt sich, dass der Aufnahmeanspruch von Art. 6 Abs. 2 KG von Urteilen vorbereitet wurde, die auf falschen Voraussetzungen beruhen.

Zu prüfen ist aber, ob ein Aufnahmeanspruch aus Art. 2 oder 28 ZGB abgeleitet werden kann, wie das Bundesgericht selber beiläufig in Betracht zog¹.

b. Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 2 ZGB

Hefti bejaht eine Aufnahmepflicht auf Grund von Art. 2 ZGB im Falle des Rechtsmissbrauchs, "wenn das Nichtkontrahieren dem ausschliesslichen Zweck der Schädigung eines Dritten dient, wenn also hinter der Rechtsausübung kein eigenes schutzwürdiges Interesse mehr steht"².

Auf diese These braucht im Rahmen der vorliegenden Arbeit aus zwei Gründen nicht eingegangen zu werden. Einerseits führt der Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 2 ZGB umgekehrt zu einer Beschränkung der Ausschlussfreiheit durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Dieser Gedanke entspricht ständiger Lehre und Rechtsprechung. Somit ergibt sich daraus nichts Neues. Ausserdem

1: Vgl. BGE 76 II 294 ff. für den Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 2 und 28 ZGB und BGE 98 II 227 für den Anspruch auf Grund von Art. 28 ZGB.

2: Hefti 25.

kann der Aufnahmeanspruch nicht als Grundlage für den kartellrechtlichen Aufnahmeanspruch gemäss Art. 6 Abs. 2 KG bezeichnet werden. Die privatrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes über die Behinderung Dritter konkretisieren nämlich Art. 28 ZGB im wirtschaftlichen Bereich. Zudem wäre ein Ausschluss auch aus einem Kartell bei Rechtsmissbrauch ungültig. Dies ergibt sich daraus, dass die Verhältnisse der Kartelle zu ihren Mitgliedern in erster Linie von den Regeln beherrscht werden, die für die Rechtsform gelten, in der die Kartelle auftreten.

c. Aufnahmeanspruch auf Grund von Art. 28 ZGB

aa. Begründung

Zu der von Kummer geforderten Beschränkung der Ausschlussfreiheit auf Grund von Art. 28 ZGB gelangt auch Hefti¹, allerdings über eine andere Fragestellung. In seiner Dissertation, die vor Inkrafttreten des Kartellgesetzes geschrieben wurde, befürwortet dieser Autor nämlich auf Grund von Gedanken, die schon Egger², das Bundesgericht³ und Merz⁴ geäußert hatten, einen Aufnahmeanspruch des Aussenseiters in das Kartell gestützt auf Art. 28 ZGB, gleich in welcher Rechtsform es besteht.

Daraus schloss Hefti eine entsprechende Beschränkung der Ausschlussfreiheit.

Obschon Hefti seiner Arbeit die Kartelle zugrunde gelegt hat und seither das Kartellgesetz geschaffen wurde, bleiben seine Ausführungen in doppelter Hinsicht interessant. Einmal steht Art. 28 ZGB im Mittelpunkt seiner Untersuchung, so dass die gewonnenen Ergebnisse leicht auf andere Vereine übertragen werden könne. Zudem sind Heftis Ergebnisse auch für die Entstehungsgeschichte des Kartellgesetzes bedeutsam⁵.

1: Hefti 14,43.

2: Egger N 6 zu Art. 70 ZGB.

3: BGE 69 II 45.

4: Merz, Schranken 59 ff..

5: Vgl. dazu Seite 211 ff..

Hefti geht davon aus¹, dass der Eintritt in ein Kartell auch bei körperschaftlichen Organisationen auf Vertrag² beruht oder mindestens als Rechtsgeschäft gleich behandelt werden muss. "Ob ein Kartell zur Aufnahme eines Aussenseiters gezwungen werden kann, hängt demnach davon ab, wie weit das Prinzip der Vertrags- und Assoziationsfreiheit im schweizerischen Recht verwirklicht ist und in welchem Masse es Beschränkungen erträgt."³

Die Vertragsfreiheit umfasst fünf Aspekte. Im vorliegenden Zusammenhang ist nur die Abschlussfreiheit von Bedeutung, d. h. die Freiheit jedes einzelnen, überhaupt mit jemandem einen Vertrag abzuschliessen. Das Gegenteil der Abschlussfreiheit ist die Kontrahierungspflicht⁴, d. h. die Pflicht gegenüber einem bestimmten andern zur privaten vertraglichen Gestaltung eines Lebensverhältnisses mit diesem andern⁵. Eine Erscheinungsform der Kontrahierungspflicht ist die Aufnahmepflicht⁶ einer juristischen Person.

Nach allgemeinen Grundsätzen hat das schwächere vor dem stärkeren Persönlichkeitsrecht zurückzutreten, wenn diese miteinander kollidieren⁷. Im vorliegenden Falle stossen die negative Abschlussfreiheit des Kartells mit dem Persönlichkeitsrecht des Aussenseiters auf Wettbewerbsbefugnis⁸ aufeinander. Wenn das letztere überwiegt, soll sich aus Art. 28 ZGB eine Kontrahierungspflicht ergeben⁹.

bb. Kritik

aaa. Ausgangspunkt

Voraussetzung der Ansprüche gemäss Art. 28 ZGB ist eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Im Kartellrecht ist dies die im unge-

1: Hefti 10.

2: So auch vorne Seite 3.

3: Hefti 10.

4: Hefti 13.

5: Schönenberger/Jäggi N 528 zu Art. 1 OR; vgl. auch Weibel 36 f..

6: Hefti 15.

7: Hefti 28.

8: Hefti a. a. O..

9: Hefti 29.

rechtfertigten Boykott liegende Störung.

Umgekehrt dürfen die Ansprüche gemäss Art. 28 ZGB auch nur zur Beseitigung der Persönlichkeitsverletzung führen. Auf das Kartellrecht übertragen bedeutet dies, dass dem Aussenseiter nur die Beseitigung der im ungerechtfertigten Boykott liegenden Störung zusteht¹. Unter diesem Gesichtspunkt geht der Aufnahmeanspruch einerseits zu weit und auferlegt dem Aussenseiter anderseits zu grosse Lasten. Dieser erwirbt nämlich durch die Aufnahme in den Verband auch umfassende korporative Rechte. Dies ist insbesondere dann zur Beseitigung der Störung nicht notwendig, wenn neben der Kartellbindung statutarisch noch andere korporative Rechte und Pflichten festgelegt sind². Anderseits werden dem Aussenseiter aber auch korporative Pflichten auferlegt, die möglicherweise mit der ihm zugefügten Behinderung in keinem Zusammenhang stehen.

Besonders erheblich werden die Bedenken bei Kartellen, die ihren Mitgliedern bestimmte Kontingente zuweisen und garantieren. Dadurch erhält der Aussenseiter einen Lieferungsanspruch, obschon ihm bloss die Wettbewerbsbefugnis gebührt.

Dieser Ansicht mag man entgegenhalten, der Aufnahmeanspruch werde ohnehin nur vom organisationswilligen Aussenseiter erhoben. Von diesem aus gesehen mögen die Nachteile des Aufnahmeanspruchs in der Tat nicht sehr schwer wiegen. Insbesondere wird sich der organisationswillige Aussenseiter damit abfinden, auch andere korporative Rechte und Pflichten zu übernehmen.

Dagegen ist vom Kartell aus gesehen die Aufnahmepflicht tatsächlich unverhältnismässig.

bbb. Allgemeine Betrachtungsweise gemäss Art. 28 ZGB

Die vorstehenden Bemerkungen zeigen, dass Ansprüche gemäss Art. 28 ZGB bei der Persönlichkeitsverletzung anzusetzen haben. Auf die Verhältnisse von Aufnahme und Ausschluss übertragen bedeutet

1: Merz, Rechtsprechung 71; ders., Kartellgesetz 70 f..

2: Vgl. dazu Seite 207.

dies, dass die Frage der Mitgliedschaft von derjenigen der Persönlichkeitsverletzung scharf zu unterscheiden ist. Die Tatsache, dass jemand aus einem Verband ausgeschlossen oder in einen solchen nicht aufgenommen wird, bewirkt keine Persönlichkeitsverletzung. Persönlichkeitsverletzend können höchstens die weiteren Umstände sein. Ehrverletzend mag beispielsweise die Art und Weise sein, wie ein Ausschluss vorgenommen wird. Gerade an diesem Beispiel zeigt sich besonders anschaulich, dass nicht die Tatsache des Ausschlusses an sich eine Ehrverletzung zur Folge haben kann, sondern die Art und Weise wie er vorgenommen wird. Einzig der Ausschluss ohne Grundangabe kann an sich eine Persönlichkeitsverletzung bewirken, ohne dass nähere Umstände hinzutreten müssen. Mit dem Eintritt in den Verein unterwirft sich das Mitglied dessen Statuten. Somit willigt es in eine mögliche Persönlichkeitsverletzung durch den möglichen Ausschluss ohne Grundangabe ein. Deshalb ist die Frage, ob der Ausschluss ohne Grundangabe vor dem Persönlichkeitsschutz steht, hält, gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB zu prüfen.

ccc. Besondere Betrachtungsweise gemäss Kartellgesetz

Dass das Postulat der Trennung der Frage der Mitgliedschaft von derjenigen der Persönlichkeitsverletzung berechtigt ist, zeigt die nähere Betrachtung des Kartellgesetzes. Damit Aufnahmeverweigerung oder Ausschluss zu Ansprüchen gemäss Art. 6 Abs. 2 KG Anlass geben können, müssen sie nämlich Vorkehren im Sinne von Art. 4 KG sein¹.

Horizontale Zusammenschlüsse sind nun aber kartellgesetzlich irrelevant². Somit ist die Verweigerung der Aufnahme in einen Verband von Unternehmungen der gleichen Wirtschaftsstufe noch

1: Dass die Aufnahmeverweigerung grundsätzlich eine Vorkehr sein kann, ergibt sich daraus, dass Art. 6 Abs. 2 KG den Aufnahmeanspruch gesetzlich festlegt. Wenn die Aufnahmeverweigerung keine Vorkehr sein könnte, so hätte das Gesetz auch den Beseitigungsanspruch auf Aufnahme in den Verband nicht eingeräumt (Weibel 88).

2: Weibel 89; Merz, RabelsZ 25 (1960) 10; vgl. auch Seite 203.

keine Vorkehr, die Ansprüche gemäss Art. 6 KG begründen würde. Aufnahmeverweigerung und Ausschluss können nur dann eine Vorkehr darstellen, wenn der betreffende Verband zusätzlich eine vertikale Vorkehr in Szene gesetzt hat¹, beispielsweise eine Geschäftsverweigerung. Der Aussenseiter steht nun einerseits der Weigerung des Kartells gegenüber, ihn als Mitglied aufzunehmen, andererseits der Tatsache, dass sich die möglichen Partner der vor- bzw. nachgelagerten Wirtschaftsstufe weigern, mit ihm in Geschäftsverkehr zu treten². Dieser Situation kann damit begegnet werden, dass einerseits der Vertikalvertrag dem Aussenseiter gegenüber unverbindlich erklärt wird³. Dies ist mit dem ersten Teil von Art. 6 Abs. 2 KG gemeint. Durch die relative Unverbindlicherklärung werden aber die Partner auf der vor- bzw. nachgelagerten Wirtschaftsstufe nicht zu Vertragsschlüssen gezwungen⁴. Vielmehr bewirkt die relative Unverbindlicherklärung der Kartellverpflichtung bloss, dass sich derjenige, der mit dem Aussenseiter in Geschäftsbeziehungen tritt, keiner Vertragsverletzung schuldig macht. Um dem Ausschluss vom Wettbewerb zu begegnen, kann der Aussenseiter andererseits versuchen, in das Horizontalkartell aufgenommen zu werden.

cc. Konsequenzen

Sowohl die kartellrechtliche wie die allgemeine Betrachtungsweise ergeben, dass nicht Aufnahmeverweigerung und Ausschluss an sich widerrechtlich sind, sondern allenfalls deren nähere Umstände.

aaa. Art. 28 ZGB

Daraus, dass nicht Aufnahmeverweigerung und Ausschluss an sich

1: Hefti 33; Weibel 89.

2: Weibel 89.

3: Hefti 33 f.; Weibel 89 f..

4: Merz, Kartellgesetz 70.

widerrechtlich sind, ergibt sich die Unzulässigkeit von Aufnahmeanspruch und Beschränkung der Ausschlussfreiheit gestützt auf Art. 28 ZGB. Somit ist sowohl die These Heftis¹ wie auch diejenige Kummers² abzulehnen. Die Ausschlussfreiheit der Vereine wird durch Art. 28 ZGB nicht berührt.

aaaa. Ehrverletzungen als Folge von Ausschlüssen

Ausschlüsse können nicht an sich ehrverletzend sein, sondern allenfalls deren nähere Umstände.

Vorab ist festzuhalten, dass nach der in dieser Arbeit vertretenen Auslegung von Art. 72 ZGB Ausschlüsse auf Grund nicht erwiesener Sachverhalte unzulässig sind. Zudem geniessen die Vereine in der Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand und in der Anwendung der Rechtsfolge keine schrankenlose Freiheit³. Schon aus diesem Grunde dürften Ausschlüsse, die eine Ehrverletzung zur Folge haben, kaum vorkommen. Insbesondere kann sich der Betroffene wehren, wenn ein Sachverhalt bloss vorgeschoben wird.

Gegebenenfalls ist aber mit der Abhilfe einzusetzen, indem die Persönlichkeitsverletzung bekämpft wird. Eine Ehrverletzung kann nämlich dadurch entstehen, dass der Ausschluss in der Öffentlichkeit breit geschlagen wird.

Dagegen ist aber schon auf Grund der üblichen Rechtsbehelfe von Art. 28 ZGB Abhilfe möglich. So wird man einen Verein allenfalls verpflichten, einen Beschluss nicht oder in anderer als vorgesehener Weise zu veröffentlichen. Es ist aber nicht erforderlich, die Ausschlussfreiheit zu beschränken, um allfälligen Ehrverletzungen zu begegnen.

bbbb. Verletzungen des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts als Folge von Ausschlüssen

Das Kartellgesetz ist nicht abschliessend auf alle Verletzungen

1: Hefti 14, 43.

2: Kummer, Spielregel 58.

3: Vgl. im einzelnen Seite 186 ff..

des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts anwendbar. Daneben besteht Raum für eine Anwendung von Art. 28 ZGB¹.

Auch bei Verletzung des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts sind vorab die allgemeinen Rechtsbehelfe von Art. 28 ZGB anzuwenden. Erst wenn diese nichts helfen, können weitergehende Massnahmen in Betracht gezogen werden. So kann in einem besonderen Falle möglicherweise die relative Unverbindlicherklärung von Verträgen oder Beschlüssen Abhilfe schaffen. Weiter sind Fälle denkbar, bei denen nicht einmal mehr dies nützt. Aber selbst unter dieser Voraussetzung kommt eine Beschränkung der Ausschlussfreiheit nicht in Frage.

Als Beispiel seien die Verhältnisse in der Nationalliga angeführt. Der Schweizerische Fussballverband (SFV) ist ein Verein im Sinne des Art. 60 ff. ZGB². Mitglieder des SFV sind die aufgenommenen Vereine, die den Fussballsport betreiben und ihren Sitz in der Schweiz haben. Der Schweizerische Fussballverband gliedert sich in drei Abteilungen, nämlich die Nationalliga, die 1. Liga und den ZUS (Zusammenschluss der unteren Serien). Wirtschaftlich die grösste Bedeutung kommt der Nationalliga zu, die gegenwärtig aus 28 Vereinen besteht. Sie ist selber ein Verein. Zudem ist sie ein Kartell im Sinne des Art. 2 Abs. 1 KG³, untersteht aber dem Kartellgesetz nicht, weil ihre Beschlüsse und Vorgehen ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen (Art. 1 Abs. 2 Satz KG)⁴.

Theoretisch denkbar wäre der Ausschluss eines Fussballklubs aus der Nationalliga. Da heute auch im schweizerischen Fussballsport grosse finanzielle Interessen auf dem Spiele stehen, hätte ein solcher Ausschluss schwerwiegende wirtschaftliche Folgen. Der betroffene Verein könnte nämlich nicht mehr an der Fussballmeisterschaft teilnehmen. Selbst unter der Voraussetzung, dass dieser

1: Weibel 78.

2: Dafür und zum folgenden Stücheli 16 ff..

3: Stücheli 32.

4: Stücheli 32.

Ausschluss eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, müsste als Rechtsfolge ein aus andern als wichtigen Gründen vorgenommener Ausschluss nicht ungültig erklärt werden. Vielmehr könnte der Persönlichkeitsverletzung dadurch begegnet werden, dass die Nationalliga verpflichtet würde, den betreffenden Verein am Spielbetrieb mitwirken zu lassen. Diese Massnahme ginge weiter als die blosse relative Unverbindlicherklärung von Verträgen, aber nicht so weit wie die Anordnung der Aufnahme in den Verband. Dieses Beispiel dürfte gezeigt haben, dass aus Art. 28 ZGB keine Beschränkung der Ausschlussfreiheit der Vereine abgeleitet werden kann. Vielmehr sind im äussersten Fall Massnahmen denkbar, die im Ergebnis für den Betroffenen eine ähnliche Folge haben, die Vereine aber nicht zur Beibehaltung eines Mitglieds zwingen.

bbb. Kartellgesetz

aaaa. Subsidiarität des Aufnahmeanspruchs

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass die Rechtsprechung und die Lehre, die den Aufnahmeanspruch gemäss Art. 6 Abs. 2 KG vorbereiteten¹, von falschen Voraussetzungen ausgingen. Die Anordnung der Aufnahme in den Verband lässt sich weder mit Art. 839 Abs. 2 OR noch mit Art. 28 ZGB begründen. Schon deshalb drängt sich äusserste Zurückhaltung auf, da die zivilrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes über die Behinderung Dritter Art. 28 ZGB im wirtschaftlichen Bereich konkretisieren.

Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, dass der Aufnahmeanspruch gemäss Art. 6 Abs. 2 KG höchstens subsidiär zur Anwendung kommt².

bbbb. Unverhältnismässigkeit des Aufnahmeanspruchs

Urteile, die die Aufnahme in den Verband angeordnet haben, sind bisher keine ergangen. Fälle, in denen bloss diese Massnahme helfen würde, wurden in der Literatur bloss wenige erwogen³.

1: Vgl. Seite 211 ff..

2: Weibel 88 123 f..

3: Vgl. Hinweise bei Weibel 90ff..

Eine Nachprüfung dieser Beispiele erübrigt sich im Rahmen dieser Arbeit über den Ausschluss aus dem Verein. Wenn die relative Unverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen oder Verträgen nämlich nicht genügen sollte, so muss gleichwohl nicht die Aufnahme in den Verband angeordnet bzw. die Ausschlussfreiheit der Vereine beschränkt werden. Vielmehr dürfte es auch im Kartellrecht genügen, die Beteiligten zu verpflichten, den Betroffenen an den Kartellrechten und -pflichten teilhaben zu lassen. Die oben¹ zum Ausschluss aus der Nationalliga angeführten Ueberlegungen sind auch auf Kartelle anwendbar.

E. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass weder aus dem Kartellgesetz noch aus Art. 28 ZGB eine Beschränkung der Ausschlussfreiheit der Vereine abgeleitet werden kann. Dies mag bedauert werden. Es ist jedoch die logische Folge einer Rechtsprechung, die es auch Vereinigungen erlaubt, die nicht bloss unverfälscht ideale Zwecke verfolgen, sich der Rechtsform des Vereins zu bedienen. Zudem wäre es höchst widersprüchlich, diesen Zustand aus Gründen der Rechtssicherheit zu tolerieren, gleichwohl aber einzelne Bestimmungen des Vereinsrechts nicht anzuwenden. Die vorliegende Arbeit dürfte vielmehr gezeigt haben, dass die Rechtsform des Vereins im Grunde genommen gerade auch wegen des freien Ausschlussrechts nur für eine ideale Zweckverfolgung geeignet ist.

1: Vgl. Seite 220 f..

III. Anhang: Ausschluss und Klage auf Schadenersatz bzw. Genugtuung

A. Allgemeine Voraussetzungen

Ein Ausschluss kann zu einer materiellen Schädigung oder zu einer immateriellen Kränkung des Betroffenen führen. In diesem Falle kann dieser einen Schadenersatz- oder einen Genugtuungsanspruch erheben.

Der Schaden bzw. die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen entstehen als Folge der Verletzung der Pflicht des Vereins, Ausschlüsse gemäss Gesetz oder Statuten vorzunehmen. Diese Pflicht ergibt sich aus dem Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft. Die Verletzung dieser Pflicht ist somit eine Vertragsverletzung. Die Ansprüche des Betroffenen richten sich nach Art. 97 ff. sowie Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 41 ff. OR.

Voraussetzungen des Genugtuungsanspruchs sind überdies eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens (Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit 49 Abs. 1 OR).

Im folgenden sind zwei Besonderheiten der Klage auf Schadenersatz bzw. Genugtuung als Folge des Ausschlusses aus dem Verein darzustellen.

B. Widerrechtlichkeit und Verjährung im besonderen

1. Widerrechtlichkeit

Nach der Meinung des Bundesgerichts¹ beurteilt sich die Widerrechtlichkeit der Ausschliessung eines Mitglieds gemäss Art. 72 ZGB. Würde nämlich für die Beurteilung der Schadenersatz- bzw. Genugtuungsklage ein anderer Massstab an die Widerrechtlichkeit angelegt als für den Ausschluss, so wäre das freie Ausschlussrecht der Vereine illusorisch².

Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Beizufügen ist, dass der Schaden bzw. die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen die Folge der Verletzung eines Vertragsverhältnisses sind. Diese liegt darin, dass sich der Verein nicht an das gesetzliche oder statutarische Ausschlussrecht hält. Folglich beurteilt sich die Widerrechtlichkeit der Ausschliessung immer gemäss Art. 72 ZGB.

2. Verjährung

Da auch eine erfolgreiche gerichtliche Anfechtung der Ausschliessung eine materielle Schädigung oder eine Kränkung des Ausgeschlossenen nicht verhindern kann, ist die Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung neben der Anfechtung der Ausschliessung möglich³. Aus diesem Grunde ist die Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung auch noch möglich, wenn auf die Anfechtung der

1: BGE 85 II 540 f..

2: A. a. O..

3: BGE 85 II 540. So auch Forstmoser N 52 zu Art. 846 OR; Winkler 194.

Ausschliessung verzichtet oder die Anfechtungsfrist versäumt wurde¹. Die Forderung verjährt gemäss Art. 127 OR in zehn Jahren.

1: BGE 85 II 539 f.; Forstmoser N 51 zu Art. 846 OR.

§ 6. Die besonderen Probleme bei Vereinen mit Sektionen

I. Arten von Sektionen und die dispositive Ausschlussregelung

Die Verhältnisse bei Vereinen, die in Sektionen gegliedert sind, erfordern eine gesonderte Darstellung. Unerlässlich ist dafür eine Unterscheidung der verschiedenen Sektionsarten. Damit haben sich schon einige Autoren¹ befasst. Dabei wurden verschiedene, allerdings ähnliche Auffassungen² vertreten. Eine herrschende Lehre über die Sektionen in ihrem Verhältnis zum Gesamtverein besteht ebensowenig wie eine einheitliche Terminologie.

In dieser Arbeit wird von einer Typenbildung ausgegangen, die einerseits die Rechtspersönlichkeit der Sektionen und andererseits die Mitgliedschaftsverhältnisse als Unterscheidungsmerkmale anwendet. Diese von Egger³ und Heini⁴, ähnlich auch von Lüscher⁵, vertretene Unterscheidung entspricht den tatsächlichen Verhältnissen weitgehend.

A. Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit

Grössere Vereine gliedern sich manchmal in Sektionen. Rechtsfähig ist allerdings nur der Gesamtverband⁶, während die Sektionen, meist nach örtlichen Kriterien, administrative Aufgaben erfüllen und

-
- 1: Vgl. die im Literaturverzeichnis angeführten Arbeiten von Lüscher, Halter und Seiler. Ausserdem: Egger, Rechtliche Natur 17 ff.; ders. N 19 f. zu Art. 60 ZGB; Heini 568 f..
 - 2: Vgl. die Darstellung der verschiedenen Auffassungen bei Lüscher 10 ff..
 - 3: Egger, Rechtliche Natur 17 ff.; ders. N 19 f. zu Art. 60 ZGB.
 - 4: Heini 568 f..
 - 5: Lüscher 15 f..
 - 6: Die Begriffe Gesamt-, Dach- und Zentralverband werden im allgemeinen nicht unterschieden. Im folgenden ist bei Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit von Gesamtverband, bei Sektionen mit Rechtspersönlichkeit von Dachverband mit Bezug auf den übergeordneten Verband die Rede.

Organe des Verbandes¹ sind. Daher verfolgen sie auch die gleichen Zwecke wie der Gesamtverband, und ihr Bestehen hängt ganz von diesem ab.

Die Einzelpersonen gehören dem Gesamtverband an. Die Zuteilung zu den einzelnen Sektionen ist eine rein administrative Massnahme. Deshalb beschliesst auch der Gesamtverband über Aufnahme und Ausschluss der Mitglieder.

B. Sektionen mit Rechtspersönlichkeit

Sowohl der Dachverband wie die Sektionen können eigene Rechtspersönlichkeit haben. Dies zeigt sich hauptsächlich daran, dass beide eigene Statuten haben². Historisch gesehen sind diese Sektionen oft unabhängige Organisationen, die sich zu einem Verband zusammen- oder einem solchen angeschlossen haben³. Nach den Mitgliedschaftsverhältnissen kann eine weitere Unterscheidung vorgenommen werden:

1. Mitgliedschaft der Sektion beim Dachverband

Im einen Falle sind grundsätzlich nur Sektionen Mitglieder des Dachverbands⁴. Ausnahmsweise können diesem in Gebieten, wo keine Sektionen bestehen, auch Einzelmitglieder angehören⁵. Beide Gebilde sind selbständige juristische Personen mit verschiedenen Mitgliedern. Deshalb bestimmen beide unabhängig über deren Aufnahme und Ausschluss, also der Dachverband über Sektionen und diesen nicht angeschlossene Einzelmitglieder und die Sektionen über ihre Mitglieder.

2. Doppelmitgliedschaft der Einzelmitglieder

Im anderen Falle gehören die Mitglieder der Sektionen zugleich auch dem Dachverband an. Es besteht eine Doppelmitgliedschaft. Der Dachverband und die Sektionen sind rechtlich voneinander unabhängig.

1: Egger, Rechtliche Natur 17.

2: Egger N 20 zu Art. 60 ZGB.

3: Halter 46.

4: Halter 48 ff..

5: Halter 58 ff..

Demgemäss entscheidet jeder Verein selbständig über Aufnahme und Ausschlüsse seiner Mitglieder.

C. Unabhängige Vereine

Oft verfolgen Zusammenschlüsse auf Landesebene neben lokalen Vereinen die gleichen Zwecke. Die Mitgliedschaft bei einer juristischen Person ist aber unabhängig von derjenigen bei der anderen¹, insbesondere ist die Zugehörigkeit zu einem lokalen Verein nicht Voraussetzung für die Mitgliedschaft beim Landesverband. Dieser Fall wird im folgenden nicht näher untersucht, da voneinander völlig unabhängige Vereine vorliegen. Jeder Verein entscheidet selbständig über Ausschlüsse.

II. Statutarischer Spielraum

Im folgenden sind die Rechtsfragen darzustellen, die sich aus möglichen Statutenbestimmungen ergeben.

Vorab ist das Erfordernis der statutarischen Grundlage im allgemeinen abzuklären.

A. Erfordernis der statutarischen Grundlage

1. Ausdrückliche statutarische Grundlage

Das Erfordernis der statutarischen Grundlage ist natürlich erfüllt, wenn eine Rechtsfolge in den Statuten des betreffenden Verbandes ausdrücklich angeordnet wird. So genügt es formell, wenn die Statuten der Sektion ausdrücklich vorsehen, dass die Mitgliedschaft bei der Sektion nach dem Ausschluss aus dem Dachverband automatisch erlöscht.

2. Keine ausdrückliche statutarische Grundlage

Schwieriger wird der Entscheid darüber, ob das Erfordernis der

1: Vgl. z. B. den Zürcher Juristenverein und den schweizerischen Juristenverein.

statutarischen Grundlage erfüllt ist, wenn die Statuten des betroffenen Vereins keine ausdrückliche Statutenbestimmung enthalten. In dem in BGE 70 II 63 ff. behandelten Fall enthielten die Statuten des Dachverbandes die Vorschrift, dass die Sektionen gehalten seien, ihre Satzungen, Beschlüsse und Tätigkeit den Satzungen, Vorschriften und Beschlüssen des zentralen Verbandes anzupassen. Gemäss Art. 12 der Statuten des Dachverbandes konnte dieser Mitglieder der Sektionen durch einstimmigen Beschluss des Vorstandes ohne Angabe der Gründe ausschliessen. Damit erlosch auch die Mitgliedschaft bei den entsprechenden Sektionen. In Art. 4 der Statuten der Sektion bezeichnete sich diese ausdrücklich als Sektion des Dachverbandes und bestimmte als ihren Zweck die Durchführung der Aufgaben des Dachverbandes im Gebiete des Kantons Luzern. Das Bundesgericht erachtete die statutarische Grundlage für das automatische Erlöschen der Mitgliedschaft in der Sektion als genügend¹.

Statuten sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen². Danach sind Willenserklärungen so zu verstehen, wie sie der Empfänger in guten Treuen verstehen durfte³. Somit fragt sich, ob der Leser der Statuten der Sektion in guten Treuen annehmen durfte, dass der Ausschluss aus dem Dachverband das automatische Erlöschen der Mitgliedschaft bei der Sektion zur Folge haben könnte. Sicher ist dies nicht ohne weiteres anzunehmen. Allerdings muss aus dem allgemeinen Hinweis in den Statuten der Sektion, wonach sich diese als Sektion des Dachverbandes bezeichnete, geschlossen werden, dass sie alle Anordnungen und Beschlüsse des Dachverbandes als verbindlich erachtete. Somit liegt es nahe, in einem solchen Fall die Statuten des Dachverbandes zu konsultieren. Dieser hält das automatische Erlöschen der Mitgliedschaft bei der Sektion als Folge des Ausschlusses aus dem Dachverband fest.

Im Ergebnis ist dem Bundesgericht somit darin beizustimmen, dass das automatische Erlöschen der Mitgliedschaft seine Grundlage auch in den Statuten der Sektion hatte. Allerdings dürfte es sich dabei

1: BGE 70 II 68.

2: BGE 87 II 95.

3: Merz N 125 zu Art. 2 ZGB.

um einen Grenzfall gehandelt haben.

Das Erfordernis der statutarischen Grundlage ist im folgenden immer erfüllt, wenn mindestens die dargestellten Voraussetzungen erfüllt sind.

B. Mögliche Statutenbestimmungen

1. Automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft

Statutarisch wird im Verhältnis von über- zu untergeordnetem Verein oft vorgesehen, dass die Mitgliedschaft beim einen nach Beendigung der Mitgliedschaft beim anderen Verein automatisch erlöscht. Eine solche Regelung ist bei Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit gar nicht möglich, da nur eine Mitgliedschaft, nämlich diejenige beim Gesamtverein vorliegt. Auch bei Sektionen mit Rechtspersönlichkeit, die aber selber Mitglieder eines Dachverbandes sind, ist eine solche Statutenbestimmung nicht möglich, da Einzelmitglieder nie zugleich einer Sektion und dem Dachverband angehören können.

Somit stellt sich die Frage nur im Falle der Doppelmitgliedschaft. Voraussetzung des automatischen Erlöschens der Mitgliedschaft ist die Anordnung in den Statuten des betroffenen Vereins.

a. Automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft bei der Sektion als Folge der Beendigung der Mitgliedschaft beim Dachverband

aa. Massgebende Gesichtspunkte

aaa. Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass ein Verein die Voraussetzungen des Beitritts statutarisch frei regeln kann. So kann eine Sektion als Beitrittsvoraussetzung die Mitgliedschaft in einem Dachverband vorsehen. Dies spricht dafür, dass auch der Verlust der Mitgliedschaft von der Beendigung der Mitgliedschaft beim Dachverband abhängig gemacht werden kann.

bbb. Verhältnismässigkeit

Obschon das Sektionsmitglied dem Dachverband nicht angehört, übt der Einzelne mittelbar, also über die Sektionen, einen gewissen Einfluss auf den Dachverband aus¹. Deshalb besteht ein Interesse des

1: Halter 65 ff..

Dachverbandes, Mitglieder, die mittelbar seine Zwecke schädigen¹, auch aus den Sektionen zu entfernen. Die einzige Möglichkeit, den Einfluss eines unliebsamen Mitglieds auszuschalten, wäre sonst der Ausschluss der ganzen Sektion², wenn diese sich weigert, den Wünschen des Dachverbandes nachzukommen. Natürlich wäre eine solche Sanktion unverhältnismässig, da dadurch die Interessen der anderen Sektionsmitglieder über Gebühr verletzt würden.

ccc. Selbstbestimmungsrecht der juristischen Person

Aus dem Grundsatz der Vereinsautonomie als einer Normsetzungsbefugnis ergibt sich logischerweise das Recht, beliebige statutarische Vorschriften aufzustellen. Allerdings bleiben auch gegenüber den Statuten zwingendes Recht und die guten Sitten vorbehalten³. Insbesondere bedingt die Vereinsautonomie, dass die freie Willensbildung des Vereins grundsätzlich gewährleistet sein muss. Es wäre widersprüchlich, den Vereinen die Freiheit der inneren Gestaltung zuzugestehen, gleichzeitig aber grundlegende Beschränkungen der freien Willensbildung zuzulassen⁴.

Die Ausübung der Vereinsautonomie darf somit nicht zum Verlust des Selbstbestimmungsrechts der Vereine führen⁵. Dies würde gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, der auch juristische Personen schützt⁶. Ein gewisses Mass an Freiheit der Willensbildung ist nämlich geradezu die Grundlage der Vereinsautonomie. Eine Statutenbestimmung, durch die sich ein Verein so stark dem Einfluss Dritter ausliefert, dass er sein Selbstbestimmungsrecht aufgibt, ist nicht nur gemäss Art. 75 ZGB anfechtbar, sondern als Verstoß gegen die Grundstruktur der juristischen Person⁷ gemäss Art. 19 Abs. 1 OR nichtig⁸. Das Selbstbestimmungsrecht gehört nämlich zu den "institutionellen Bestimmungen, welche wegen des Wesens und der Ordnungsfunktion der

1: Halter 71.

2: Halter 72.

3: Egger N 3 f. zu Art. 63 ZGB; BGE 97 II 113.

4: BGE 97 II 113.

5: BGE 67 I 264 f.; 97 II 113; Heini, Die Vereine 522.

6: BGE 97 II 113; Heini, Die Vereine 522.

7: Egger N 14 zu Art. 75.

8: Heini, Die Vereine 550 Anm. 50.

Verbandsperson zwingend zu beachten"¹ sind.

Unzulässig ist eine übermässige Beschränkung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn jemand sich einem anderen derart unterwirft, dass er sich in dessen völlige Abhängigkeit begibt², indem er beispielsweise unbegrenzte Verpflichtungen eingeht³ oder im voraus auf die Anrufung der Gerichte verzichtet⁴. So ist eine Statutenbestimmung unzulässig, die Dritten ein Einspracherecht gegenüber sämtlichen Beschlüssen der Generalversammlung eines Vereins einräumt⁵.

bb. Ergebnis

Im Ergebnis ist eine Interessenabwägung zwischen der Vereinsautonomie bzw. der Eintrittsfreiheit und dem Verhältnismässigkeitsprinzip einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht anderseits vorzunehmen. Dabei ergibt sich, dass die Selbstbindung des Vereins durchaus aner kennenswerte Ziele verfolgen kann. Diese ergeben sich daraus, dass zwei juristische Personen den gleichen Zweck verfolgen und sich dazu einander hierarchisch unter- bzw. überordnen. Daraus ergeben sich auch die Schranken der Selbstbindung.

Unzulässig ist von vorneherein die Bindung der Sektion an einen Ausschluss aus dem Dachverband ohne Grundangabe⁶. Dadurch würde diese Sektion nämlich der Willkür des übergeordneten Verbandes ausgeliefert. Es besteht nicht die geringste Gewähr dafür, dass der Ausschluss aus dem Dachverband aus Gründen erfolgt, die irgendwie mit dessen Zweckverfolgung zusammenhängen. Dieser Einwand ist zwar für den Ausschluss aus dem Dachverband unerheblich, da der Ausschluss aus einem Verein aus allen beliebigen Gründen erfolgen kann. Demgegenüber darf eine Sektion nur soweit auf ihr Selbstbestimmungsrecht verzichten, als dies durch den mit dem Dachverband gemeinsam verfolgten Zweck gerechtfertigt ist⁷.

1: Heini, Die Vereine 550 bei Anm. 50.

2: BGE 29 II 114 ff..

3: BGE 51 II 273; 67 II 128.

4: Vgl. auch BGE 39 II 541.

5: BGE 97 II 108 ff..

6: A. M. BGE 70 II 63 ff..

7: Im Ergebnis gleich Halter 72 f..

Andererseits ist es zulässig, den automatischen Verlust der Mitgliedschaft bei der Sektion an den Ausschluss aus dem Dachverband aus wichtigen Gründen zu knüpfen. Diese machen die Mitgliedschaft des Betroffenen für die übrigen Vereinsmitglieder unzumutbar. Nachdem beide Vereine gleiche Zwecke verfolgen, dürfte der wichtige Grund für den Dachverband auch einen solchen für die Sektion darstellen.

Schliesslich müssen auch statutarische Gründe einen gewissen Bezug zum Verein, dessen Tätigkeit und Zweck aufweisen. Nur in diesem Falle rechtfertigt sich die Selbstbindung mit Rücksicht auf die gemeinsame Zweckverfolgung. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass das automatische Erlöschen der Mitgliedschaft bei der Sektion auch Folge des automatischen Erlöschens der Mitgliedschaft beim Dachverband sein kann, wenn die Gründe einen Bezug zur statutarischen Zweckverfolgung aufweisen.

b. Automatisches Erlöschen der Mitgliedschaft beim Dachverband als Folge der Beendigung der Mitgliedschaft bei der Sektion

Auch im umgekehrten Fall gelten die gleichen Regeln. Ob nun die Sektion auf die Beendigung der Mitgliedschaft beim Dachverband abstellt oder umgekehrt dieser auf das Erlöschen der Mitgliedschaft bei der Sektion, ist unerheblich. In beiden Fällen liegt nämlich eine Selbstbindung einer juristischen Person vor.

2. Ausschlussgründe

a. Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit

Bei Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit gibt es notwendigerweise keinen Ausschluss aus der Sektion ohne Ausschluss aus dem Dachverband. Somit richtet sich der Ausschluss nach dessen Statuten oder bei fehlender Statutenbestimmung nach dem Gesetz. Selbstverständlich steht es dem Dachverband frei, die gesetzliche Regelung des

Ausschlussrechts auszuschöpfen.

b. Sektionen mit Rechtspersönlichkeit

aa. Mitgliedschaft der Sektion beim Dachverband

aaa. Ausschluss aus dem Dachverband

Der Ausschluss aus dem Dachverband richtet sich nach dessen Statuten oder Art. 72 Abs. 3 ZGB. Er betrifft die Sektionen, somit nicht direkt die Mitglieder der einzelnen Sektionen. Auch in diesem Falle kann statutarisch das ganze Ausschlussrecht von Art. 72 ZGB ausgeschöpft werden. Insbesondere ist bei entsprechender Statutenbestimmung auch der Ausschluss einer ganzen Sektion ohne Grundangabe zulässig¹.

bbb. Ausschluss aus der Sektion

Der Ausschluss aus einer Sektion betrifft das Einzelmitglied. Er richtet sich nach den Statuten der Sektion oder nach Art. 72 Abs.3 ZGB.

bb. Doppelmitgliedschaft

aaa. Ausschluss aus dem Dachverband

Im Falle der Doppelmitgliedschaft sind Ausschlussgründe denkbar, die auf das Erlöschen der Mitgliedschaft beim anderen Verein abstellen. Im Gegensatz zu der automatischen Beendigung der Mitgliedschaft sind diese unbeschränkt zulässig, solange der Entscheid über den Ausschluss im Ermessen des betreffenden Vereins steht. So ist es beispielsweise zulässig, an den Ausschluss aus einer Sektion ohne Grundangabe den Ausschluss aus dem Dachverband ohne Grundangabe zu knüpfen, solange der Dachverband Entschliessungsermessen hat. In diesem Falle liegt nämlich keine Selbstbindung einer juristischen Person vor.

bbb. Ausschluss aus der Sektion

Für den Ausschluss aus einer Sektion gelten die gleichen Regeln

1: A. M., jedoch völlig unhaltbar, Halter 57 f.. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Ausschluss einer ganzen Sektion ohne Grundangabe nicht zulässig sein sollte. Aus der Tatsache, dass dies in der Praxis kaum vorkommt, kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass es auch nicht zulässig ist.

entsprechend wie für den Ausschluss aus dem Dachverband.

3. Verfahren

Probleme im Bereiche des Ausschlussverfahrens stellen sich bei Vereinen, die in Sektionen gegliedert sind, nur für die Frage der Zuständigkeit. Insbesondere greift zuweilen eine juristische Person, meistens der Dachverband, in den Mitgliederbestand der anderen ein. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass der Dachverband für den Ausschluss aus einer Sektion zuständig ist, oder dass der Entscheid der Sektion an den Dachverband weitergezogen werden kann, dieser also letztlich über Ausschlüsse bestimmen kann. Es fragt sich, ob solche statutarische Bestimmungen vor Art. 27 Abs. 2 ZGB standhalten oder unzulässige Selbstbeschränkungen der juristische Person darstellen.

Im folgenden wird nicht zwischen den möglichen Arten des Rekurses an den Dachverband unterschieden. Ob nun der Rekurs als ordentliches Rechtsmittel mit uneingeschränkter Kognition oder bloss als kassatorisches Rechtsmittel ausgestaltet ist, ändert nichts daran, dass letztlich die Rekursinstanz über die Mitgliedschaft entscheidet.

a. Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit

Im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung können die einzelnen Sektionen befugt sein, die ihnen administrativ zugewiesenen Mitglieder aus dem Verband auszuschliessen. Meist ist ein Rekurs an den Zentralverband vorgesehen. Dagegen ist nichts einzuwenden. Es liegt nämlich nur die statutarische Delegation der Ausschlusskompetenz an ein Verbandsorgan¹, nicht etwa an aussenstehende Dritte vor.

b. Sektionen mit Rechtspersönlichkeit

aa. Mitgliedschaft der Sektion beim Dachverband

aaa. Statutarischer Ausschluss einer Sektion durch eine andere

aaaa. Ohne Rekursmöglichkeit an den Dachverband

Denkbar, wenn auch eher theoretisch, ist eine Statutenbestimmung, die den Ausschluss einer Sektion durch eine andere vorsieht. Dies

1: Vgl. Seite 227.

ist unzulässig, da letztlich ein Ausschluss durch Dritte vorliegt¹. Zudem besteht kein Interesse für eine solche Statutenbestimmung, die einen Ausschluss durch Dritte rechtfertigen könnte.

bbbb. Mit Rekursmöglichkeit an den Dachverband

Gleich wie beim Ausschluss durch Dritte ist nichts gegen den Ausschluss einer Sektion durch eine andere einzuwenden, wenn der betroffenen Sektion eine Rekursmöglichkeit an den Dachverband zusteht². Letztlich entscheidet nämlich der Dachverband selbst über seinen Mitgliederbestand.

bbb. Statutarischer Ausschluss eines Sektionsmitglieds durch den Dachverband

aaaa. Ohne Einsprachemöglichkeit der Sektion

Falls der Ausschluss aus einer Sektion in die alleinige Zuständigkeit des Dachverbandes fällt, gelten die für die automatische Beendigung der Mitgliedschaft entwickelten Regeln. Der Ausschluss durch eine andere juristische Person unterscheidet sich nämlich nicht vom automatischen Erlöschen der Mitgliedschaft. Letztlich kann der betroffene Verein nämlich nichts gegen Ausschlüsse seiner Mitglieder unternehmen.

bbbb. Mit Einsprachemöglichkeit der Sektion

Gegen den Ausschluss eines Sektionsmitglieds durch den Dachverband ist aber nichts einzuwenden, wenn die Sektion ein Einspracherecht hat. In diesem Fall läuft das Ausschlussrecht des Dachverband nämlich auf ein Vorschlagsrecht hinaus.

bb. Doppelmitgliedschaft

Für den Ausschluss eines Sektionsmitglieds durch den Dachverband bzw. eines Angehörigen des Dachverbands durch die Sektionen gelten die Regeln, die für den Ausschluss eines Sektionsmitglieds durch den Dachverband entwickelt wurden.

1: Vgl. Seite 79.

2: Vgl. Seite 79 f..

Lebenslauf

Geboren am 15. Februar 1951 in Zug. Besuch der Primarschule in Suhr sowie der Bezirksschule in Aarau. Im Frühjahr 1971 Matura (Typus A). Von Sommer 1972 bis 1976 Studium an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Mai 1976 Erwerb des Lizentiats, anschliessend Assistent bei Prof. Hegnauer. Ab April 1977 Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Bremgarten. Im Januar 1979 Wahl zum Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Aargau. Im Juni 1979 Erwerb des aargauischen Fürsprecherpatents. Am 13. Februar 1980 Promotion zum Doktor beider Rechte.

